

LES RAPPORTS
DE COMMETTANT A PRÉPOSÉ

DANS L'ARTICLE 1384 DU CODE CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Soutenue publiquement
dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit
le mardi 21 mars 1933, à 15 heures 30*

PAR

Jacques FLOUR

Lauréat de la Faculté

JURY D'EXAMEN :

Président : M. PERREAU, professeur

*Suffragants : { M. LEPARGNEUR, professeur
 M. DEMONTÈS, professeur*

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ
11, RUE SOUFFLOT, 11

1933



THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

LES RAPPORTS DE COMMETTANT A PRÉPOSÉ

DANS L'ARTICLE 1384 DU CODE CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Soutenue publiquement
dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit
le mardi 21 mars 1933, à 15 heures 30*

PAR

Jacques FLOUR

Lauréat de la Faculté

JURY D'EXAMEN :

Président : M. PERREAU, professeur

*Suffragants : { M. LEPARGNEUR, professeur
 M. DEMONTÈS, professeur*

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ
11, RUE SOUFFLOT, 11

1933

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1932-1933

Doyen :

M. HENRY NÉZARD (*, I. ☉).

Doyen honoraire :

M. EUSTACHE PILON (*, I. ☉).

Assesseur du Doyen :

M. GOMBEAUX (I. ☉).

Professeurs honoraires :

MM. CABOUAT (O. *, I. ☉).

DEGOIS (I. ☉).

Professeurs :

MM. NÉZARD (*, I. ☉), professeur de Droit administratif, chargé du cours de Législation minière.

GOMBEAUX (I. ☉), professeur de Droit civil, chargé du cours de Droit international privé.

BRIDREY (I. ☉), professeur de Droit romain, chargé du cours d'Histoire du Droit public.

LEPARGNEUR (I. ☉), professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit maritime et du cours de Notariat et Enregistrement.

NOYELLE (A. ☉), professeur d'Économie politique.

LEMONNIER (A. ☉), professeur de Droit civil, chargé du cours de Législation industrielle.

PERREAU (A. ☉), professeur de Droit criminel, chargé du cours de Droit civil approfondi et comparé.

DEMONTÈS (A. ☉), professeur de Droit civil.

LAMPUÉ, professeur de Droit international public et de Droit constitutionnel, chargé du cours de Droit administratif.

YVER, professeur d'Histoire du Droit français et d'Histoire du Droit privé.

LEDUC, agrégé, chargé d'un cours d'Économie politique, du cours d'Histoire des Doctrines économiques et du cours de Législation financière.

BESNIER, agrégé, chargé d'un cours de Droit romain et du cours d'Histoire de la Coutume de Normandie.

Mlle JACK, chargée du cours de Procédure civile et du cours de Voies d'exécution.

Secrétaire :

M. ROUX (I. ☉, ☿ ☿), secrétaire des Facultés de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A MON PÈRE ET A MA MÈRE

*En témoignage de reconnaissance
et d'affection.*

LES RAPPORTS DE COMMETTANT A PRÉPOSÉ DANS L'ARTICLE 1384 DU CODE CIVIL

INTRODUCTION

L'importance croissante des questions de responsabilité s'est révélée surtout, depuis la fin du xix^e siècle, par les discussions sur le fondement de l'obligation de réparer, la naissance de la thèse du risque et l'élaboration progressive de la théorie de la responsabilité du fait des choses.

Devant « la découverte », dans l'article 1384 § 1, d'un principe nouveau de responsabilité, les règles qu'édicte expressément la suite de ce texte ont semblé parfois ne soulever que des difficultés plus limitées. La fréquence des applications jurisprudentielles de la responsabilité du fait d'autrui suffit pourtant à en marquer l'intérêt et à souligner l'incertitude persistante de ses limites. Si, laissant de côté la responsabilité des père et mère, celle des instituteurs et des artisans, on ne considère que la disposition de l'article 1384 § 5 (1), des deux

(1) La responsabilité des maîtres et commettants du fait de leurs domestiques et préposés était originairement prévue par l'article 1384 § 3. La loi du 7 novembre 1922 (D. P. 1923.4.89) ayant ajouté à cet article deux alinéas limitant la portée du § 1 quant à la responsabilité du fait des choses, la numérotation des alinéas suivants doit, pensons-nous, être modifiée (en ce sens : Besson, note D. P. 1928.2.13, en sous-note). Au cours de cette étude, nous présenterons donc la responsabilité du commettant comme édictée par l'article 1384 § 5.

Certains auteurs, ajoutant simplement les dispositions nouvelles au § 4,

rapports qu'il prévoit, — celui de maître à domestique, celui de commettant à préposé —, la détermination du second est d'ailleurs seule susceptible de prêter à discussion.

C'est la question à laquelle est consacrée cette étude. Travail de qualification, elle tend à définir les notions corrélatives de commettant et de préposé ; suivant une terminologie de plus en plus répandue en doctrine et qui s'imposera parfois à nous, elle a pour objet la recherche d'un critère du lien de préposition (1).

La difficulté de circonscrire le domaine de ce rapport juridique résulte, avant tout, de ce que la loi, n'ayant pas défini dans l'article 1384 les expressions qu'elle emploie, ne les a reproduites dans aucune autre disposition (2). Il n'est donc pas d'arguments d'analogie qui puissent aider à en préciser la portée.

Que le préposé soit celui qui remplit une fonction pour le compte du commettant qui, en général, la lui a personnelle-

conservent, il est vrai, pour l'ensemble de l'article, la numérotation ancienne (H. et L. MAZEAUD, I, n° 711, note 1). Cette dernière méthode est peut-être la plus logique, étant donnés les termes de la loi de 1922 : « l'*alinéa premier* de l'article 1384 C. civ. est complété... » Mais elle a, du point de vue pratique, des inconvénients certains qui doivent la faire écarter : les éditions courantes du Code civil présentant le texte de la loi de 1922 sous forme d'alinéas distincts, elle risque, en effet, de conduire à de fréquentes confusions.

(1) Cette terminologie permet d'exprimer de façon synthétique les deux faces du rapport qui unit le commettant au préposé. Sans doute, si elle est, par là, d'une commodité certaine, peut-elle paraître, à certains égards, d'une correction discutable. Il nous a semblé cependant légitime de l'adopter : l'emploi du terme « préposition » est, dans la doctrine moderne, assez courant pour qu'on puisse considérer aujourd'hui ce néologisme comme consacré par l'usage (voy. parmi les auteurs contemporains : DEMOGUE, V, nos 881 et s., *passim*, en particulier n° 914 ; JOSSERAND, II, n° 508 ; H. et L. MAZEAUD, I, nos 857 et s. en particulier nos 871, 876, 877). On ne saurait, en tout cas, le remplacer par le mot « commission » qui, possédant dans le vocabulaire juridique un tout autre sens, désigne le mandat non représentatif.

(2) Si l'expression « commettant » est employée par l'article 94 C. comm., elle y est prise dans une acception entièrement différente. En effet, ce texte définit le contrat de commission (voy. la note précédente *in fine*) : le commettant, partie à ce contrat, s'oppose, non au préposé mais au commissionnaire.

ment confiée, c'est, sans doute, ce qui résulte suffisamment du sens qu'a reconnu à ces mots le langage courant. Si, en effet, ils ne semblent jamais avoir été d'un usage fréquent, les verbes dont ils dérivent, aujourd'hui très vieillis, correspondent incontestablement à cette idée. *Commettre*, c'est désigner pour l'accomplissement d'une charge déterminée ; réciproquement, celui qui est l'objet de cette désignation est *préposé* à tel ou tel rôle. Mais une exigence aussi générale ne saurait suffire à fixer l'étendue d'une règle de droit. Les conditions nécessaires pour passer de là à une notion juridique, qu'elles tiennent au mode d'accomplissement de la mission ou à la personne de celui qui la remplit, restent à déterminer.

Dans cette voie, la tradition historique, très pauvre, n'est pas d'un plus grand secours que la disposition même de la loi. Inconnue du droit romain et du droit coutumier, née seulement, semble-t-il, d'un rapprochement de textes et d'une systématisation opérés par Domat (1), la responsabilité du fait d'autrui ne représentait, à la fin de l'Ancien Droit, qu'une règle relativement récente; il ne semble pas qu'un effort doctrinal ait été tenté pour en délimiter les contours. Pothier, en particulier, ne pose que brièvement le principe (2). Le domaine le plus habituel de cette responsabilité réside alors dans les rapports entre maîtres et domestiques; si elle dépasse ce cadre, c'est pour s'appliquer aux délits d'auxiliaires qui accomplissent des travaux d'un genre différent, mais qui se rapprochent cependant des domestiques par la continuité de leurs rapports avec un même maître, et peuvent, par suite, leur être assez facilement assimilés.

(1) DOMAT, *Loix civiles*, livre I, titre XVI, en particulier section III, n° 1, *in fine* (édition De Héricourt, 1777, I, p. 233).

Pour un exposé complet de l'origine historique de la responsabilité du fait d'autrui; voy. PLANIOL, *Responsabilité du fait d'autrui*, *Rev. crit.*, 1909, p. 290-293. Sur les caractères très particuliers des solutions romaines relatives aux *nantae* et *caupones* généralisées, de façon au moins implicite, par DOMAT, *adde* : PLANIOL, *op. cit.*, p. 285-290.

(2) POTHIER, *Obligations*, nos 121 et 453 (édition Bugnet, 1861-1862, II, p. 59 et 252).

Notion non définie par la loi, non précisée par l'histoire : un problème se pose, dont l'intérêt aurait dû, semble-t-il, immédiatement apparaître.

Les auteurs classiques sont cependant restés, sur ce point, d'un laconisme singulier (1). C'est que, malgré la complexité de principe de la question, son importance pratique est demeurée d'abord limitée. Elle ne s'est pleinement manifestée qu'au fur et à mesure que les risques de dommages s'aggravaient, et par le caractère plus dangereux des activités, et par l'appel plus fréquent aux services d'autrui, impérieusement commandé par les lois de l'économie moderne.

Par la force des choses, ceux qu'on songeait à qualifier préposés se sont alors éloignés, au moins en apparence, des domestiques avec lesquels la tradition tendait à les confondre. Grâce à la spécialisation des travailleurs les plus modestes, l'habitude s'est, en effet, répandue de confier à autrui, au lieu d'un emploi permanent, l'accomplissement d'une tâche déterminée, après l'achèvement de laquelle aucun rapport juridique n'existe plus entre les parties. Or, en pareil cas, la netteté de la situation disparaît. D'autre part, un problème plus complexe s'est révélé, qui était presque inconnu de la pratique ancienne. Il est devenu fréquent qu'un commettant mette temporairement son préposé à la disposition d'un tiers. Lorsqu'il en est ainsi, la responsabilité reste-t-elle à la charge de l'employeur habituel ; pèse-t-elle, au contraire, sur l'employeur occasionnel (2) ?

Ces questions — simples exemples parmi celles qu'a fait naître le changement des conditions économiques — ont dû être résolues par la jurisprudence avant d'avoir été aperçues par la doctrine.

Mais, par une réaction naturelle, la complexité plus grande des espèces a conduit aussitôt, du point de vue théorique, à des études plus précises. La méthode énumérative, à laquelle

(1) Sur l'insuffisance de la doctrine classique en cette matière, cpr. PLANIOL, *op. cit.*, p. 283, note 1.

(2) Voy. sur ce problème, *infra*, II^e partie, chapitre I.

on s'était souvent limité, ne pouvait avoir chance d'aboutir à une liste limitative : de plus, elle était radicalement inapte à déterminer, au cas de doute, l'incidence de la responsabilité par l'attribution de la qualité de commettant. Aussi devait-elle laisser place à la recherche d'un critère de principe, susceptible d'embrasser la multiplicité des situations de fait.

De cette méthode nouvelle est à son tour résultée, même par rapport à des difficultés qui se sont rencontrées de tout temps, une perception plus nette du problème et des limites qu'il comporte. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, les auteurs contemporains, seuls, étudient de façon complète la question de savoir si le mandataire peut être préposé, question que les auteurs classiques résolvaient, le plus souvent, par de simples affirmations (1).

L'importance pratique de plus en plus considérable prise par la responsabilité du fait d'autrui a donc révélé l'intérêt théorique qu'elle présentait, dès l'origine, de par les termes incertains dans lesquels elle est édictée par la loi : le temps n'est plus où l'on pouvait reprocher aux auteurs de la négliger. Ce qui incite, malgré nombre d'études (2), à en reprendre l'examen, c'est que, depuis quelques années, la question, à bien des égards, se présente à nouveau sous un aspect modifié.

Des théories nouvelles sont d'abord apparues, qui cherchent le critère du lien de préposition dans la situation sociale ou économique des personnes en cause, et non plus dans la

(1) Sur cette question : *infra*, I^{re} partie, III, chapitre I, section I.

(2) Voy. parmi les travaux les plus récents : DALLANT, *La notion de préposé dans l'article 1384 du Code civil*, thèse Poitiers, 1927 ; GARNIER, *De la notion de préposé mettant en jeu la responsabilité des maîtres et commettants*, thèse Rennes, 1927 ; BAGAT, *La responsabilité du commettant à raison des faits de son préposé*, thèse Paris, 1929 ; SAVATIER, note D. P. 1923.1.5 ; note D. P. 1928.1.17 ; BESSON, note D. P. 1928.2.13 ; note D. P. 1930.2.114.

On ajoutera à ces études particulières les pages consacrées par MM. H. et L. MAZEAUD à la responsabilité du commettant dans leur remarquable *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile* (I, nos 857 et s.).

nature objective des rapports qui les unissent (1). La naissance de cette doctrine est maintenant assez éloignée pour qu'elle puisse être appréciée avec certitude et confrontée avec une jurisprudence caractéristique (2).

D'autre part, l'article 1384 § 5 a été appliqué par les décisions les plus récentes dans des cas où n'existent, entre le commettant et le préposé, que des rapports de courtoisie ou de complaisance. La doctrine, presque unanime, a condamné cette jurisprudence, mais de façon seulement incidente. Devant l'extension qu'elle reçoit sans cesse, il devient aujourd'hui nécessaire de l'étudier, en elle-même, avec plus de rigueur (3).

Enfin, les rapprochements qui peuvent être faits entre la question du lien de préposition et d'autres matières de droit privé ont été trop souvent négligés, alors qu'ils sont la source d'enseignements précieux.

Par exemple, la distinction du préposé et du travailleur indépendant se présente, en certaines circonstances et pour certains genres de travaux, comme un aspect particulier de la distinction du contrat de travail et du contrat d'entreprise (4). Au moment où la loi sur les Assurances sociales entre en application, la comparaison sera particulièrement instructive.

Il ne sera pas moins intéressant de noter les rapports qui unissent la responsabilité du fait d'autrui à un autre problème de responsabilité, celui du risque professionnel. On sait que, si le commettant, aux termes de l'article 1384 § 5, est tenu envers les tiers des fautes de ses préposés, le chef d'entreprise, selon la loi du 9 avril 1898, répond envers ses ouvriers eux-mêmes des dommages qu'ils subissent par le fait ou à l'occasion de leur travail. La question se pose de savoir si ces deux responsabilités ont, quant aux personnes sur qui elles pèsent, le même domaine d'application : supposent-elles,

(1) SAVATIER, note précitée D. P. 1923.1.5 (*adde*, note D. P. 1924.2.73) ; DALLANT, *op. cit.*

(2) Voy. *infra*, I^{re} partie, I, section II.

(3) *Infra*, I^{re} partie, III, chapitre II.

(4) *Infra*, I^{re} partie, II, chapitre I, en particulier section I, § 2.

entre le commettant et le préposé, entre le chef d'entreprise et l'ouvrier, les mêmes relations juridiques ? D'autre part, sont-elle mises en jeu dans les mêmes conditions quant au lien qui doit exister entre le dommage causé ou subi par l'ouvrier et les fonctions qu'il remplit ?

Par la discussion nécessaire de théories récentes, par l'analyse d'une jurisprudence qui semble dépasser le cadre habituel des rapports de commettant à préposé et dont on peut se demander si elle ne modifie pas entièrement la physionomie classique du sujet, comme aussi par les rapprochements possibles qui viennent d'être signalés, apparaît un nouvel intérêt de l'étude entreprise. Il reste à préciser l'esprit général dans lequel elle a été conduite, pour en délimiter enfin l'objet de façon rigoureuse.

* * *

Que des recherches tendant à définir des notions d'application aussi courante que celles de commettant et de préposé exigent, avant tout, l'analyse de la jurisprudence, c'est ce qui ne saurait faire de doute. C'est dans les arrêts que résident la source principale de documentation et la matière sur laquelle doit être entreprise la construction.

En contact étroit avec les faits, ils n'apportent d'ailleurs que rarement des solutions définitives aux problèmes controversés. Dans l'ensemble des questions de responsabilité, on l'a très justement noté (1), les arrêts de principe demeurent exceptionnels. Il en est, sans doute, quelques-uns qui, pour cette étude, présenteront un intérêt particulier. Mais les lignes directrices qu'ils fixent demeurent très générales; la définition du lien de préposition n'en peut découler avec une précision suffisante. Aussi se gardera-t-on de mesurer uniformément l'importance des décisions à l'autorité des juridictions qui les ont rendues. Les jugements de première instance et les arrêts d'appel,

(1) RIPERT, *Examen doctrinal*, *Rev. crit.*, 1908, p. 193.

parce qu'on y aperçoit mieux les faits, sont parfois les plus précieux. En tout cas, les arrêts de la Cour de cassation ont un intérêt d'autant plus grand qu'ils relatent plus exactement les constatations des juges du fond.

La tâche de l'interprète en est rendue plus difficile, s'il ne veut pas se contenter de reproduire des exemples concrets. Précisément, en effet, parce qu'il y a surtout des cas d'espèce et que les principes ne peuvent, le plus souvent, se dégager avec certitude que de l'accumulation des solutions (1), il importe de ne pas insister trop longuement sur certaines et de n'exposer qu'à titre exceptionnel les circonstances dans lesquelles elles sont intervenues. Le résultat de la systématisation doit être seul donné : l'écueil à éviter reste l'exégèse des arrêts.

D'autre part, même dans cette systématisation, notre but n'a pas été de faire figurer toutes les situations susceptibles de se présenter. Elle ne s'étend, ni à tous les contrats, ni à toutes les professions, et, lorsqu'un contrat donné ou une profession déterminée sont spécialement étudiés, il ne le sont qu'à titre d'exemples d'un cas plus général. On n'y trouvera pas tant des solutions que des principes de solution, une analyse des idées auxquelles se réfère la jurisprudence, analyse qui permettra, nous l'espérons, de résoudre les autres difficultés révélées par la pratique.

L'observation qui précède vaut d'ailleurs aussi pour l'exposé des principes auxquels nous nous rallierons personnellement. Il va sans dire, en effet, que, si la jurisprudence est le point de départ d'une telle étude, elle n'en est pas le seul objet.

L'importance primordiale qu'elle conserve cependant explique la difficulté qu'il y aurait eu à faire valoir l'enseignement du droit comparé. Sur un sujet de discussion doctrinale ou de documentation législative, les conclusions qu'on en tire

(1) RIPERT, *loc. cit.*

sont relativement faciles à mettre en œuvre. Ici, la tâche eût dépassé nos possibilités. Il était difficile de songer à un dépouillement complet, après celui qu'avait nécessité l'analyse de la jurisprudence française. Aurait-il même été réalisé que la systématisation, déjà délicate pour celle-ci en raison de la rareté des arrêts de principe, aurait risqué d'en donner une image très inexacte. D'autre part, le limiter eût été arbitraire, s'en tenir aux renseignements que donnent les auteurs, incertain.

Aussi nous a-t-il semblé préférable de consacrer exclusivement ce travail au droit français. Mais il importe encore, dans ce cadre, d'en préciser exactement l'objet.

* * *

La responsabilité du fait d'autrui, nous l'avons dit, n'est envisagée ici que sous un angle particulier. Le but poursuivi n'est pas d'en exposer toutes les règles, mais seulement d'en déterminer, *quant aux personnes*, le domaine d'application par la recherche d'un critère des rapports de commettant à préposé. Aussi les limites de cette étude doivent-elles être fixées de la façon suivante : en premier lieu, il n'y sera pas traité de la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle (1) ; d'autre part, certains problèmes de la responsabilité délictuelle en seront, eux-mêmes, écartés.

L'emploi des services d'autrui peut répondre à deux buts nettement différents.

Dans une première hypothèse, le bénéficiaire de ces services se propose de faire exécuter par autrui une obligation qu'il a personnellement contractée. Trois personnes sont

(1) Voy. en particulier, sur cette question : BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*, *Rev. trim.*, 1914, p. 251-320.

Adde : H. et L. MAZEAUD, I, nos 965-1008 ; NIBOYET, *Questions sur la responsabilité*, Cours de doctorat, 1930-1931, p. 110-122 ; SOAREC, *La responsabilité contractuelle pour autrui*, thèse Paris, 1932.

alors en cause : le créancier, le débiteur et l'auxiliaire que celui-ci a chargé, soit d'exécuter totalement ou partiellement son obligation, soit, plus simplement, de collaborer à cette exécution. Tel est le cas de la sous-entreprise : le sous-entrepreneur exécute l'obligation ou, au moins, une partie de l'obligation de l'entrepreneur principal. Tel est, plus couramment, le cas d'emploi d'ouvriers : l'exécution d'une obligation assumée par l'entrepreneur envers un client est due indivisément à leur collaboration.

A l'inverse, dans une seconde hypothèse, les services auxquels on a recours ne sont pas destinés à permettre ou à faciliter l'exécution d'une obligation d'abord contractée envers un tiers ; ils sont utilisés dans un intérêt exclusivement personnel.

On apercevra nettement la différence de ces situations si l'on prend l'exemple très simple du chauffeur. Au service d'un entrepreneur de transports, il exécute l'obligation de celui-ci envers le transporté ; au service d'un particulier, il n'intervient, au contraire, dans l'exécution d'aucun contrat.

Cette description constitue la base première qui permet de distinguer entre les deux ordres de responsabilité du fait d'autrui (1).

La responsabilité contractuelle ne peut se concevoir que dans la première hypothèse. Sans entrer dans les détails d'une difficulté très complexe, on peut dire, en effet, que toute responsabilité contractuelle suppose l'existence d'un contrat ou, dans la thèse la plus extensive, de pourparlers préparatoires à un contrat, entre la personne responsable et celle envers laquelle elle est tenue à réparation. Lorsqu'il s'agit, en

(1) Sans qu'elle soit limitée, bien entendu, à ce qui concerne le fait d'autrui, on peut poser en principe la nécessité de la distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle. Si même on admet qu'elles sont de nature identique, ce fait n'empêche pas que, du point de vue technique, il existe entre elles des différences indéniables.

Sur cette distinction, voy. parmi les études récentes : H. et L. MAZEAUD, I, nos 96 et s. ; BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, thèse Lyon, 1930.

particulier, d'une responsabilité du fait d'autrui, le problème se pose dans ces termes : le débiteur répond-il *envers le créancier* de la faute de ses auxiliaires, faute entraînant inexécution ou mauvaise exécution de son obligation (1) ? Or, on aperçoit immédiatement que ce problème, par sa nature propre, ne peut naître qu'autant que l'auteur du dommage avait pour rôle d'exécuter l'obligation du civilement responsable.

Plus large est, au contraire, le domaine possible de la responsabilité délictuelle. Celle-ci suppose que le responsable et la victime n'étaient liés par aucune obligation préexistante. La question est donc la suivante : une personne répond-elle *envers les tiers* des fautes de ceux dont elle utilise les services ? A la différence de celle qui a trait à la responsabilité contractuelle, elle se pose quel que soit le rôle de l'auxiliaire : peu importe qu'il agisse dans l'intérêt exclusif de la personne qui lui a confié sa mission ou qu'il exécute, au contraire, une obligation pesant sur elle. Dans ce dernier cas, la nature de sa mission ne l'empêche pas, en effet, de causer un préjudice *à d'autres qu'au créancier* ; or, la responsabilité n'est contractuelle qu'à l'égard de celui-ci. On se rend facilement compte de l'exactitude de cette analyse en conservant l'exemple du chauffeur. Alors même qu'il est au service d'un entrepreneur de transport, ses fautes peuvent soulever, suivant les cas, soit une question de responsabilité contractuelle, soit une question de responsabilité délictuelle : de responsabilité contractuelle si le préjudice est subi par le créancier du civilement responsable, c'est-à-dire par la personne transportée, — de responsabilité délictuelle s'il est subi par un tiers blessé dans un accident. Par sa nature, la question de responsabilité délictuelle peut donc naître indifféremment dans tous les cas où il y a emploi des services d'autrui : ce n'est pas à dire qu'elle existera toujours, mais elle est toujours *susceptible* d'exister.

Les deux problèmes apparaissent ainsi d'une portée très différente. Mais, en outre, — et c'est la raison pour laquelle

(1) Cpr. BECQUÉ, *op. cit.*, *Rev. trim.*, 1914, p. 252 ; NIBOYET, *op. cit.*, p. 110.

notre travail doit être limité au domaine délictuel, — le centre des difficultés n'est pas le même pour chacun.

A la question posée, — est-on responsable des fautes de ceux dont on utilise les services ? — aucun texte général ne répond en matière contractuelle. Le principe même de la responsabilité n'est donc pas certain. Aussi tout l'intérêt de la question se porte-t-il sur le point de savoir si elle doit être ou non admise et, dans l'affirmative, sur la recherche de son fondement. Mais, dès lors qu'on en reconnaît l'existence, on n'éprouve aucune difficulté à en fixer le domaine ; la détermination des personnes dont le débiteur répond ne prête pas à controverse (1). La responsabilité existant, par hypothèse, envers un créancier, est engagée par les fautes de toute personne qui exécute totalement ou partiellement l'obligation ou qui collabore à cette exécution, c'est-à-dire par les fautes des substituts, d'une part, des aides, d'autre part (2).

En matière délictuelle, au contraire, l'ordre d'importance des questions est exactement inverse. L'existence, en ce cas, d'une responsabilité du fait d'autrui est certaine. La solution est, en effet, imposée par la loi : le commettant, par application de l'article 1384 § 5, est tenu des fautes du préposé. Mais

(1) La brièveté des développements consacrés par les auteurs à cette question est, de ce point de vue, particulièrement caractéristique. Après qu'ils ont longuement recherché le fondement de la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, il leur suffit de quelques pages pour donner la liste des personnes du fait desquelles le débiteur doit répondre (voy. par exemple, BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*, *Rev. trim.*, 1914, p. 291-298 ; SOAREC, *La responsabilité contractuelle pour autrui*, thèse Paris, 1932, p. 108-112).

(2) En ce sens : H. et L. MAZEAUD, I, nos 994 et s. ; BECQUÉ, *op. cit.*, p. 291 et s.

Le plus souvent, on décide que le débiteur répond également des membres de sa famille. Mais il n'en est ainsi que dans la mesure où, par la nature du contrat, ils interviennent eux-mêmes dans son exécution. Le principe posé au texte reste donc exact : les membres de la famille sont simplement considérés comme des aides ; ils ne constituent pas, parmi les personnes dont on est contractuellement responsable, une catégorie particulière (Cpr. BECQUÉ, *op. cit.*, p. 296 ; NIBOYET, *Questions de responsabilité*, Cours de doctorat, 1930-1931, p. 118 ; SOAREC, *op. cit.*, p. 111).

le texte n'a pas défini ces termes de « commettant » et de « préposé » et, par suite, n'a pas fixé de façon formelle la portée de la règle qu'il édicte. La recherche d'un critère permettant d'en déterminer les limites est donc la tâche essentielle qui s'impose à l'interprète. Il n'est aucune raison de reconnaître la qualité de préposé à tous les auxiliaires qu'un débiteur fait intervenir dans l'exécution de son obligation : elle n'appartiendra donc pas à tous les substituts ni à tous les aides (1). Mais, réciproquement, le préposé n'a pas toujours reçu une telle mission ; il peut agir dans le seul intérêt du bénéficiaire de ses services. Puisque la responsabilité engendrée par ses fautes est encourue envers un tiers, il serait illogique de poser en principe qu'il doit avoir pour fonctions d'exécuter une obligation pesant sur le commettant.

Ainsi, la condition unique exigée, sur le terrain contractuel, en la personne de l'auxiliaire (rôle de substitut ou d'aide) n'est ici ni suffisante, ni même nécessaire. La détermination des personnes du fait desquelles répond le civilement responsable, qui, dans un cas, ne soulevait pas de difficultés, devient, dans l'autre, le problème essentiel. L'importance relative des questions est donc entièrement différente pour les deux ordres de responsabilité du fait d'autrui ; aussi l'impossibilité apparaît-elle évidente d'en faire une étude parallèle.

Notre travail ne tend à résoudre que le seul problème central qui vient d'être signalé : celui de la détermination des personnes entre lesquelles existent des rapports de commettant à préposé. Aussi l'exposé de certaines règles de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui en doit-il être, à son tour, exclu.

C'est ainsi que le caractère purement civil de la responsabilité, la possibilité pour la victime de poursuivre le seul commettant, obligé en première ligne au même titre que le préposé,

(1) On remarquera, en particulier, que le substitut jouit, le plus souvent, d'une indépendance qui empêche, sur le terrain délictuel, de le qualifier préposé.

la solidarité, enfin, entre l'auteur du dommage et le civilement responsable, peuvent être, dès le principe, considérés comme établis (1).

De même, la question de savoir si la qualité de commettant doit être reconnue à l'Etat ne nous retiendra pas. D'une part, en effet, elle est aujourd'hui couramment tranchée par la négative (2). D'autre part, elle ne constitue qu'un aspect particulier d'un problème plus général, celui de la responsabilité de l'Etat, qui relève du droit public.

Dans son objet propre, tel qu'il vient d'être indiqué, notre étude sera divisée en deux parties. Il convient, en effet, de déterminer, en premier lieu, les conditions d'existence des rapports de commettant à préposé, — de rechercher, en second lieu, comment ces rapports peuvent se trouver définitivement

(1) Voy. sur ces différentes questions : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, nos 655-656. Pour les cas exceptionnels où la responsabilité s'étend, au contraire, à l'amende, soit qu'elle en impose simplement le paiement, soit qu'elle présente un caractère proprement pénal, voy. les références très complètes données par ces auteurs, *loc. cit.*, p. 886, notes 3 et 4.

(2) Voy. en particulier sur ce point : J. APPLETON, note D. P. 1923.1.137 (III, p. 139). Les principes sont d'ailleurs les mêmes, que l'action soit dirigée contre l'Etat ou contre une commune (J. APPLETON, note précitée, p. 139, col. 2).

Sur cette non-application de l'article 1384 § 5 aux personnes morales de droit public, une grave dissidence s'est toutefois produite depuis quelques années. La Chambre criminelle a d'abord admis et la compétence judiciaire et l'application de l'article 1384 à l'égard des communes (Crim. rej., 15 mars 1923, D. P. 1923.1.137, note J. Appleton, S. 1923.1.385, note Roux ; Crim. cass., 28 mai 1930, D. P. 1930.1.161, note J. Appleton, S. 1930.1.393, note Bonnard, et, après renvoi, Crim. rej., 20 nov. 1931, D. P. 1932.1.16, note J. Appleton, S. 1932.1.235). Puis, elle a adopté la même solution à l'égard de l'administration des Postes (Crim. rej., 30 avr. 1932, D. H. 1932.318).

Cette jurisprudence est unanimement critiquée par la doctrine (voy. en particulier les notes de MM. APPLETON et BONNARD). Elle contredit, en effet, les principes posés par le Tribunal des Conflits, que la Chambre civile, au contraire, continue à appliquer dans ses arrêts les plus récents (Civ. cass., 15 déc. 1930, S. 1931.1.217, note Bonnard, Civ. rej., 3 mars 1931, S. 1931.1.216).

rompus ou temporairement suspendus, comment se perdent les qualités corrélatives de commettant et de préposé.

Mais on ne saurait, en général, préciser la portée d'une règle de droit sans en avoir dégagé la raison d'être ; aussi sera-t-il traité, dans une partie préliminaire, du fondement de la responsabilité du commettant.

PARTIE PRÉLIMINAIRE

CARACTÈRES ET FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DU COMMETTANT

Si l'objet direct de cette étude est la recherche d'un critère des relations de commettant à préposé, les questions auxquelles sont consacrés ces développements préliminaires constituent la base du problème et, pour ainsi dire, le point d'où il faut partir pour le résoudre.

D'après l'opinion dominante, le critère du lien de préposition dépend du fondement de la responsabilité du commettant. Définir ce rapport juridique c'est, en effet, fixer, quant aux personnes, le domaine d'application de l'article 1384 § 5, domaine qui doit normalement varier suivant les motifs sur lesquels repose la disposition de la loi. Cette règle d'interprétation constitue, en quelque sorte, l'application des idées qu'exprime l'adage : *cessante razione legis, cessat lex*.

Ainsi, selon que les raisons pour lesquelles a été édictée la responsabilité du fait d'autrui seront telles ou telles, on la considérera comme s'appliquant aux rapports de telles ou telles personnes. Pour prendre l'exemple le plus simple, si le commettant répond des fautes du préposé parce qu'il est présumé l'avoir mal choisi, ne sera considéré comme commettant que celui qui a librement choisi son auxiliaire. A l'inverse, si cette responsabilité se justifie par le profit, la spéculation réalisée sur le travail d'autrui, l'existence du rapport de préposition ne sera reconnue qu'entre personnes intégrées à un même

organisme économique dont le commettant recueille le bénéfice principal.

Sans doute, le lien qu'on établit ainsi entre l'explication rationnelle de la loi et sa portée pratique est-il, en réalité, loin d'être aussi étroit que l'affirme la presque unanimité de la doctrine (1) ; les conséquences tirées de l'une à l'autre question ne présentent pas le caractère nécessaire qu'on leur reconnaît le plus souvent. Mais cette conclusion ne peut être dégagée que d'une étude critique des théories courantes qu'elle contredit partiellement. D'autre part, si le fondement ne commande pas directement le critère, du moins ne doit-il pas y avoir opposition entre ces deux éléments. Il reste donc, de toute façon, nécessaire de déterminer les raisons justificatives de la responsabilité du commettant et tel est l'objet principal de ces recherches préliminaires.

A son tour, cependant, le fondement ne peut être lui-même établi que si certaines règles essentielles de la responsabilité du fait d'autrui, telles qu'elles résultent du droit positif, sont préalablement connues. On conçoit, par exemple, qu'il soit différent selon le caractère plus ou moins strict de la responsabilité, selon que le commettant est admis ou non à prouver qu'il a pris toutes précautions pour empêcher le dommage.

(1) Voy., par exemple, parmi les auteurs qui admettent formellement l'existence d'un lien nécessaire entre le fondement et le critère : LAURENT, XX, n° 578 ; *adde*, n° 580 (dans la théorie de la présomption de mauvais choix) ; SAINTELETTE, *Responsabilité et Garantie*, nos 7 s., p. 122 s., en particulier p. 127-128 (dans la théorie de la présomption de défaut de surveillance) ; SOURDAT, II, nos 884-887 ; RUTSAERT, *Le fondement de la responsabilité civile extra contractuelle*, p. 128 s. (dans la théorie de la double présomption de faute) ; H. et L. MAZEAUD, I, n° 936 (dans la théorie de la représentation) ; BESSON, note D. P. 1928.2.14, col. 1 *in fine* et col. 2 (dans la théorie de la responsabilité garantie).

Voy. toutefois les auteurs qui admettent une certaine dissociation entre le fondement et le critère : DEMOLOMBE, XXXI, nos 610 et 622 ; HUC, VIII, n° 444 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, IV, nos 2911 et 2913 : ces auteurs, bien qu'ils considèrent la présomption de mauvais choix comme le seul fondement de la responsabilité, ne qualifient commettant que celui qui exerce une autorité sur le préposé.

Un premier chapitre sera donc consacré à l'exposé des règles les plus importantes dont le fondement assigné à l'article 1384 § 5 doit rendre compte. La recherche directe de ce fondement sera l'objet d'un deuxième chapitre de cette partie préliminaire. Tous les éléments d'information nécessaires à la détermination du critère des rapports de commettant à préposé seront ainsi réunis.

CHAPITRE PREMIER

LES ÉLÉMENTS CONNUS DE LA QUESTION

La doctrine et la jurisprudence ont donné, sur les règles fondamentales qui régissent la responsabilité du commettant, des solutions presque unanimes. C'est pourquoi certains principes peuvent être considérés comme des éléments connus, susceptibles de constituer la base des recherches ultérieures. Sans doute n'ont-ils pas entièrement échappé à la discussion, mais les critiques dont ils ont été l'objet ne présentent qu'un caractère isolé. Il est donc légitime, puisqu'ils n'appartiennent pas, en eux-mêmes, à l'objet de ce travail, de les considérer comme acquis et de se borner à indiquer, dans leurs grandes lignes, les raisonnements sur lesquels ils reposent : la fragilité des objections qu'on leur a parfois adressées ressortira d'ailleurs suffisamment de ce seul exposé.

Deux questions dominent ainsi l'interprétation de l'article 1384 § 5. Quels sont, en premier lieu, les caractères de la responsabilité du commettant ? En quoi est-elle exceptionnelle et quelles possibilités d'exonération comporte-t-elle ? (Section I). Quels sont, en second lieu, les droits du commettant vis-à-vis de son préposé : est-il admis, en exerçant un recours contre lui, à se faire tenir indemne des condamnations qu'il a encourues ? (Section II).

Au nombre des règles essentielles de la matière figurerait encore celle en vertu de laquelle le commettant n'est responsable que du dommage causé par le préposé « *dans les fonctions auxquelles il l'a employé* ». Mais cette règle devant faire

l'objet, quant à la détermination de ses limites exactes, d'une étude particulière (1), il suffit de la signaler ici sans qu'elle soit spécialement étudiée parmi les principes connus.

SECTION I

Les caractères de la responsabilité du commettant.

Aux termes de l'article 1384, les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. De même, le père, et, après son décès, la mère, répondent du dommage causé par leurs enfants mineurs, habitant avec eux. Enfin, pendant le temps que leurs élèves et apprentis sont sous leur surveillance, les instituteurs et les artisans supportent les conséquences de leur activité. Dans tous ces cas, une responsabilité pèse sur ceux qui n'ont pas commis de faute, ou, au moins, sur ceux dont la faute n'est pas la source immédiate du dommage. Cette responsabilité semble donc contraire à un principe que la doctrine ancienne considère comme incontesté : celui de la personnalité des fautes.

« La loi qui nous rendrait garants des actions d'autrui auxquelles nous n'avons participé, ni directement, ni indirectement, écrit Toullier, serait une loi injuste et destructive de la morale (2) ».

Ce serait d'ailleurs une erreur de croire que cette thèse n'est liée qu'aux théories classiques de la responsabilité. Sans

(1) *Infra*, Seconde Partie, chapitre II.

(2) TOULLIER, XI, n° 230 (cpr. n° 236). Dans le même sens : BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, IV, n° 2895.

SOURDAT, II, n° 750 ; FROMAGEOT, *De la faute comme source de responsabilité en droit privé*, p. 33.

RÉCAMIER, p. 1 ; BARRET LAGARENNE, p. 12.

Cpr. la fréquence avec laquelle revient cette citation dans les œuvres anciennes : *Peccata igitur suos teneant auctores, nec ulterius progrediatur metus quam reperitur delictum* (L. 22 de poenis, Cod.).

doute, avec celles-ci, se présente-t-elle comme une conséquence directe des principes posés : élément d'ordre psychologique, on ne conçoit pas que la faute puisse être imputée à un autre qu'à son auteur ; l'idée même de responsabilité pour autrui se révèle contradictoire, antinomique (1). Mais l'abandon du principe traditionnel n'entraîne pas nécessairement celui de son corollaire ; ou plutôt, celui-ci peut être considéré comme un principe indépendant, doué d'une vie propre et se conciliant avec des idées générales différentes. Si la responsabilité ne naît plus uniquement de la faute, mais de toute activité, fautive ou non (2), il restera vrai que celui-là seul qui, en agissant, a causé le dommage devra le réparer. M. Teisseire par exemple, affirme formellement que la personnalité du fait doit être substituée à celle de la faute (3). Toutefois, il est infiniment plus facile de justifier une responsabilité pour les actes d'autrui dans la dernière théorie. Le fait personnel se rencontre, en effet, sans peine là où il est impossible d'apercevoir une faute : simple indication que nous retrouverons en étudiant le fondement de la responsabilité du commettant (4).

*
* *
*

Personnalité de la faute ou personnalité du fait, peut-être pourrait-on dire, en une formule valable dans les deux théories, personnalité de l'obligation de réparer : tel est donc le principe auquel l'article 1384 apporte une série d'exceptions. On ne saurait en déterminer la portée exacte qu'en recherchant le caractère de la responsabilité ainsi édictée. Les personnes responsables peuvent-elles prouver qu'elles ne sont pour rien dans le dommage causé par ceux dont elles répondent ? Quelle est, selon la terminologie classique, la nature de la présomp-

(1) TOULLIER, XI, n° 258.

(2) « Chacun est responsable du dommage qu'il cause, dans la mesure où il le cause. » (TEISSEIRE, p. 171, note 1 ; *adde* : p. 256 *in fine*).

(3) TEISSEIRE, *passim*, en particulier, p. 223-224.

(4) *Infra*, Partie préliminaire, chapitre II, Section II, p. 44 s. (risque créé).

tion de faute qui pèse sur elles ? Cette présomption est-elle irréfragable ?

Le texte même de l'article 1384 impose, sur ce point, une distinction. L'avant-dernier alinéa de cet article dispose expressément, en effet, que la responsabilité des père et mère, des instituteurs et des artisans, cesse lorsqu'ils prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait dommageable. Par le silence qu'il observe à l'égard des maîtres et des commettants, il entend incontestablement leur refuser cette faculté d'exonération. Le rapprochement est ici assez direct et assez significatif entre l'énumération complète des personnes responsables et l'indication limitée de celles qui peuvent échapper à la responsabilité pour que l'argumentation n'encoure pas le reproche d'artifice que méritent souvent les discussions de cet ordre : elle vaut plus que ne valent d'ordinaire les raisonnements *a contrario*.

L'argument de texte est donc, à lui seul, convaincant ; mais une considération sérieuse, quoiqu'accessoire, en augmente encore la valeur. Le projet de l'an VIII admettait une possibilité générale d'exonération (1) qui disparut sur les observations du Tribunat lors de la communication officielle (2), et ce point ne fut plus discuté dans la suite.

Les travaux préparatoires révèlent cependant quelque contradiction. Si Bertrand de Creuille, au Tribunat, précise bien que les commettants sont soumis « à la responsabilité la plus entière et la moins équivoque » (3), le Tribun Tarrible affirme, au Corps Législatif, que cette responsabilité « cesse à l'égard de tous dans les mêmes conditions » (4). Aussi, est-ce en se basant

(1) Livre III, Titre III, Section II, article 20 : FENET, II, p. 203.

(2) 16 nivôse an XII : FENET, XIII, p. 459 ; LOCRÉ, XIII, p. 24.

Le Tribunal de cassation avait demandé que la faculté d'exonération fût supprimée dans tous les cas de responsabilité pour autrui, et le Tribunal d'appel de Rouen, qui semble seul avoir présenté des observations sur cet article l'avait combattue à l'égard des maîtres et commettants (FENET, V, p. 499-500) : c'est la solution qui a triomphé.

(3) Communication officielle, 16 pluviôse an XII : FENET, XIII, p. 475 476 ; LOCRÉ, XIII, p. 41-42.

(4) 16 pluviôse, an XII : FENET, XIII, p. 489.

sur cette déclaration, en en déduisant que le texte de la loi ne correspondait pas à son esprit, que M. Weiss a soutenu que la présomption souffrait la preuve contraire (1). Les observations qui précèdent montrent assez la fragilité de l'argument tiré en ce sens des Travaux préparatoires ; elles prouvent, en effet, que le texte définitif ne résulte pas d'un incident de rédaction ou d'un oubli, mais qu'il fut adopté à la suite de remarques précises (2). On ne peut attacher plus d'importance aux autres arguments invoqués dans le débat. Si l'article 206 du Code Forestier admet la faculté d'exonération, c'est que, plus sévère à un autre point de vue, il édicte une responsabilité s'étendant aux actes des préposés accomplis en dehors de leurs fonctions. Sans cette faculté d'exonération, la responsabilité du commettant eut été mise automatiquement en jeu en toute circonstance. Il est impossible, enfin, de s'appuyer sur l'article 1352 du Code Civil. Sans doute est-ce uniquement lorsque, sur son fondement, la loi annule certains actes ou dénie l'action en justice, ce qui n'est pas le cas ici, que la preuve contraire n'est pas admise contre la présomption légale. Mais, placé au titre *Des contrats*, ce texte ne peut s'appliquer aux questions de responsabilité délictuelle, aux articles 1382 à 1386 considérés comme formant un tout pleinement indépendant (3).

Il est permis de passer rapidement sur cette controverse, car elle n'a exercé aucune influence sérieuse sur la doctrine et sur la jurisprudence. L'une et l'autre, en effet, admettent, de façon quasi-unanime, qu'il existe une différence de nature entre les présomptions de faute édictées par l'article 1384 (4). Con-

(1) WEISS, à son cours, opinion rapportée par DHORNE, p. 41.

(2) En ce sens : H. et L. MAZEAUD, I, n° 924.

(3) En ce sens : DEMARNE, p. 165 s. Cet argument tiré de l'article 1352 a été récemment repris devant les Chambres réunies (13 février 1930. D. P. 1930.1.57) pour tenter de démontrer que la présomption de l'article 1384 § 1, en matière de choses inanimées, souffre la preuve contraire (Voy. les conclusions de M. le Procureur général MATTER, D. P. 1930.1.69. C.).

(4) MALEVILLE, article 1384, p. 190-191 ; TOULLIER, XI, n° 283 ; DURANTON, XIII, n° 724 ; AUBRY et RAU, VI, p. 400 ; DEMOLOMBE, XXXI, nos 611-612 ; BAUDRY-LACANTINIERE et BARDE, IV, n° 2911 ; BEUDANT, n° 1211 ;

trairement au père et à l'instituteur, le commettant n'est pas admis à démontrer qu'il ne pouvait empêcher le fait dommageable et qu'il a apporté tous ses soins à choisir et à surveiller son préposé ; la preuve des ordres formels qu'il lui a donnés ne saurait, elle-même, l'exonérer. « Vis-à-vis des tiers, le fait du préposé est tout entier le fait du commettant, et ces deux faits sont mis sur la même ligne » (1).

Un premier point est donc ici définitivement acquis. Mais la question se pose alors de la charge définitive de la réparation : le commettant, tenu d'indemniser la victime, peut-il exercer un recours contre le préposé ?

SECTION II

Le recours du commettant contre le préposé *

Quelques textes particuliers prévoient expressément le recours du commettant ou, d'une façon plus large, des

DEMOGUE, V, n° 941 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 653 ; COLIN et CAPITANT, II, nos 202, 205, 209, 210 ; JOSSERAND, II, n° 508, *in fine*.

SOURDAT, II, nos 903 et 918 ; H. et L. MAZEAUD, I, nos 708, 770 s., 813 s., 858, 922 s. ; TEISSEIRE, p. 144.

RÉCAMIER, p. 139 ; CHEVALIER, p. 9 et 73 ; THOYOT, p. 156-157 ; STOILCESCU, p. 88 ; BASTIDE d'IZARD, p. 21.

CORNU, *Des présomptions de faute en matière de responsabilité civile*, thèse Montpellier, 1929, p. 108 ; TARBOURIECH, *La responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*, n° 24 ; WILLEMS, *Essai sur la responsabilité civile*, Revue générale de droit, 1896, p. 25.

Cpr. HUC, VIII, n° 449 qui présente la question comme controversée ; LAURENT, XX, n° 588, qui critique ce refus de la faculté d'exonération.

Crim. cass., 25 nov. 1813, *Sir. chr.* ; Crim. cass., 11 juin 1836, S. 1837.1. 452 ; Crim. rej., 29 avr. 1843, *implicite*, *Jur. gén.* V° *octroi*, n° 403, note 2 ; Crim. cass., 3 déc. 1846, D. P. 1847.4.422 ; Dijon, 23 avr. 1869, D. P. 1869.2.194 ; Amiens, 21 janv. 1878, *Jur. gén. Suppl.* V° *responsabilité*, n° 795, 3°, p. 612, note 2 ; Tr. corr. Beaume-les-Dames, 11 juin 1889, *Gaz. Pal.*, 1889.2.164 ; Paris, 20 mai 1890, *Gaz. Pal.*, 1890.2.171 ; Crim. cass., 20 juin 1924, D. H. 1924, 511, *Gaz. Pal.*, 1924.2.465.

Contra : Tr. civ. Seine, 8 nov. 1901, *Le Droit*, 13-14 janvier 1902.

(1) TEISSEIRE, p. 256.

* MONDET, *Le recours des personnes responsables du fait d'autrui*, thèse Bordeaux, 1897.

personnes civilement responsables, contre l'auteur de l'acte dommageable (1). Sans doute, ne suffisent-ils pas à démontrer le caractère général de la solution qu'ils donnent, puisqu'on pourrait argumenter du silence de l'article 1384 pour les considérer comme exceptionnels. Mais l'interprétation par analogie semble avoir été commandée par la considération suivante : certains de ces textes sont plus sévères que le droit commun, la responsabilité qu'ils édictent s'étendant aux actes accomplis par les préposés, même en dehors de leurs fonctions, par les enfants, même en dehors du temps où ils habitent chez leurs parents (2). On ne concevrait pas que la situation de la personne responsable fut, au contraire, améliorée quant à l'existence d'un droit de recours que l'article 1384 lui refuserait par hypothèse. Il faut donc voir ici l'application du droit commun : un droit que des textes très sévères pour elle lui reconnaissent est nécessairement un droit qu'elle possède dans tous les cas (3).

L'argumentation est en réalité moins puissante qu'elle ne le semble d'abord. Il serait aussi logique d'affirmer que, si la responsabilité est aggravée dans certaines circonstances quant aux actes qui la font naître, il ne devient par là que plus nécessaire de l'alléger du point de vue de sa charge définitive ; nous avons vu qu'on invoque une considération de cet ordre pour écarter l'argument tiré de l'article 206 du Code Forestier en faveur de la thèse de la présomption réfragable (4). Qui ne

(1) Décret 28 septembre, 6 octobre 1791, Titre II, article 8 (Police rurale) ; Code forestier, article 206 ; Loi 15 avril 1829, article 74 (pêche) ; Loi 3 mai 1844, article 28 (chasse).

(2) Pour le comettant, la condition d'exercice des fonctions n'est prévue, ni par le Décret de 1791, ni par le Code forestier ; pour les parents, le décret de 1791, seul, n'exige pas la condition de cohabitation. Les lois de 1829 et 1844 renvoyant à l'article 1384, toutes les règles de cet article leur semblent, au contraire, applicables. Pour les deux premiers textes même, MM. H. et L. MAZEAUD (I, nos 957 s.) nient ces différences mais elles sont très généralement admises : Voy. pour l'article 206, C. for. : DEMOGUE, V, n° 931 et les références.

(3) Voy. en ce sens : DEMOGUE, V, n° 953 ; MONDET, *op. cit.*, p. 33 s. ; Cpr. H. et L. MAZEAUD, I, n° 724 ; BEUDANT, n° 1216.

(4) *Supra*, section I, p. 24.

voit la contradiction des deux raisonnements ? Ce nous est une preuve que les textes ne sauraient suffire à tout. Il faut donc chercher ailleurs la preuve de l'existence du recours.

On a voulu voir, entre l'auteur et la personne civilement responsable, le même lien qui unit les co-auteurs d'un seul fait dommageable (1). Contrairement aux apparences il y aurait, dans l'un et l'autre cas, deux quasi-délits distincts. Si en effet, dans la seconde hypothèse, il y a unité du fait dommageable, ce n'est pas directement dans ce fait que l'action trouve son fondement, mais dans la responsabilité de ceux qui l'ont commis, responsabilité qui résulte, pour chacun des auteurs, d'éléments personnels, constituant par conséquent, pour chacun, un quasi-délit distinct. Cette tentative d'assimilation entre deux situations très différentes encourt le reproche d'une subtilité exagérée. Toutefois, le rapprochement éclaire déjà la question : « la personne civilement responsable ne peut être traitée avec plus de rigueur qu'un des co-auteurs d'un quasi-délit ».

Mais la justification véritable du droit de recours du commettant est à la fois plus simple et plus directe. Ce droit ne se démontre pas par des arguments de texte ou des constructions juridiques complexes ; il découle, nécessairement et uniquement, du principe de l'article 1382. Chacun répond du dommage qu'il cause par sa propre faute ; nul ne peut être affranchi de cette obligation par le seul fait que la loi a édicté, en outre, une responsabilité civile pour autrui. Si d'autres idées peuvent être invoquées, elles supposent préalablement reconnu le bien-fondé de ce principe. En particulier, la subrogation légale (2) n'est qu'une notion propre à assortir, en certains cas, l'action récursoire de garanties spéciales ; mais la situation n'entre dans le cadre de l'article 1251 § 3 qu'autant

(1) MONDET, *Le recours des personnes responsables du fait d'autrui*, thèse Bordeaux, 1897, p. 25 s.

(2) Voy. cette notion invoquée par PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 656.

qu'on a d'abord admis que la dette pèse sur le préposé personnellement (1).

Si donc on estime, avec la majorité de la doctrine et avec la jurisprudence (2), que la responsabilité du commettant n'est engagée que lorsque le préposé a commis une faute, le recours existera toujours, puisque la condamnation du commettant suppose la faute du préposé. Si l'on pensait, au contraire, que le fait objectivement illicite de celui-ci suffit à engendrer une obligation de réparer à la charge de celui-là (3), la portée de la solution dégagée se restreindrait : lorsque le commettant serait responsable sans qu'une faute ait été imputable au préposé, aucune base ne permettrait l'exercice du recours.

Mais, quelle que soit l'opinion adoptée sur ce point, il reste au minimum, que le recours sera admis dans la majorité des cas.

Aussi bien, dans les idées classiques, cette règle n'a-t-elle jamais fait de doute. La jurisprudence en a consacré le principe (4) ; si ses décisions restent, il est vrai, peu nombreuses, leur rareté prouve seulement que les commettants n'exercent qu'exceptionnellement leur droit contre des préposés insolvables. Plus qu'à expliquer et à justifier ce droit, la doctrine (5) s'est attachée à en marquer les limites.

(1) Il en va de même pour l'idée d'enrichissement sous cause, qu'on a également fait intervenir (STOICESCU, p. 98) : on ne peut dire qu'en l'absence de recours, il y aurait enrichissement sans cause du préposé, que si l'on a posé d'abord le principe que la dette lui est personnelle.

(2) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 652 et les références ; DEMOGUE, V, n° 928 et les références ; H. et L. MAZEAUD, I, n°s 916 s.

(3) En ce sens : AUBRY et RAU, VI, § 447, 8°, p. 412.

(4) Crim. rej., 11 juin 1808, implicite, *Sir. chr.* ; Req. 24 févr. 1886, *Gaz. Pal.*, 1886.2.366 ; Req., 16 juill. 1928, *S.* 1928.1.280, *Rev. trim.* 1928.900 ; Crim. rej., 3 juin 1932 (motifs), *Gaz. Pal.* 1932.2.308 ; Tr. civ. Laval, 22 juin 1932, *Gaz. Pal.* 1932.2.498.

Contra : Paris, 14 mars 1930, D. P. 1930.2.115, note BESSON, qui sera discutée *infra*, chapitre II, section II, p. 48.

(5) TOULLIER, XI, n° 285 ; DURANTON, XIII, n° 725 ; MARCADÉ, V, n° 305 ; AUBRY et RAU, VI, p. 418 ; LAURENT, XXX, n° 614 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, IV, n° 2931 ; BEUDANT, n° 1216 ; DEMOGUE, V, n° 953 (mais voy.

Si le préposé n'a agi que selon les ordres du commettant, s'il a été vraiment pour un temps « l'œil et le bras au service de l'intelligence et de la volonté d'autrui » (1), le commettant, instigateur de son acte, ne peut se retourner contre lui. Le seul point discutable serait de savoir si, même vis-à-vis de la victime, le préposé doit être écarté du débat (2), mais la solution n'est pas douteuse dans ses rapports avec son maître.

Si l'un et l'autre sont en faute, il y aura répartition des dommages-intérêts (3).

Si la faute enfin retombe entièrement sur le préposé, il subira le recours pour le tout (4).

De ces trois hypothèses, la dernière entre seule dans le cadre exclusif de l'article 1384. Lorsqu'un défaut de surveillance ou un ordre imprudent sont reprochés au commettant, sa responsabilité découle, en effet, non de cette disposition exceptionnelle, mais du droit commun : auteur ou co-auteur du délit, il ne saurait évidemment recourir pour le tout contre le préposé. Il faut donc préciser, avec plus de netteté que ne l'ont fait les auteurs classiques, que *le principe est celui de l'intégralité du recours*. Seule, la faute personnelle du commettant,

n° 954 : recours partiel) ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 656 ; COLIN et CAPITANT, II, n° 213.

SOURDAT, II, nos 768 s. ; H. et L. MAZEAUD, I, nos 724 s. ; RÉCAMIER, p. 105 ; LABICHE, p. 55 ; BARRET LAGARENNE, p. 79 et 129 s. ; LOT, p. 209 ; DHORNE, p. 62 ; CHEVALIER, p. 156 ; CAPRONNIER, p. 204 s. ; STOICESCU, p. 98 s. ; THOYOT, p. 29 s. ; DEMARNE, p. 204 s. ; DALLANT, p. 38 s. ; BAGAT, p. 189 s.

(1) BARTIN, sur AUBRY et RAU, VI, § 447, note 15 *ter*, p. 382.

(2) Voy. sur ce point : SOURDAT, II, n° 772. Il semble très difficile d'admettre que le délit commis sur l'ordre d'autrui soit exclusif de toute responsabilité ; l'obligation d'obéir cesse lorsqu'on reçoit l'ordre de commettre une faute.

(3) C'est l'hypothèse visée par Req. 24 février 1886, *Gaz. Pal.*, 1886.2. 366.

(4) Tout au plus peut-on discuter ici une question de preuve : pour exercer son recours pour le tout, le maître est-il tenu de prouver qu'il n'a pu empêcher le fait dommageable ? SOURDAT l'affirme (II, n° 770), mais c'est déplacer la charge de la preuve. C'est au préposé de prouver qu'il a suivi les instructions de son commettant, et, en l'absence de cette preuve, le recours sera accordé pour le tout : en ce sens DALLANT, p. 39.

étrangère au mécanisme de l'article 1384, est susceptible d'en paralyser totalement ou partiellement l'application ; mais il régit la seule situation sur laquelle il soit intéressant de raisonner : celle où le commettant n'est mis en cause que comme civilement responsable du fait d'autrui (1).

Si ce principe du recours intégral a été longtemps admis de façon unanime, certains auteurs, plus récemment, ont au contraire estimé que la situation du commettant était, par là, rendue singulière. Responsabilité complète vis-à-vis des tiers, absence totale de responsabilité vis-à-vis du préposé : n'est-ce pas un saut brusque qui donne une sensation d'arbitraire ? (2) Mais les doutes qu'on éprouve sur la légitimité de la solution traditionnelle proviennent de ce qu'on a changé d'opinion sur le fondement de la responsabilité du commettant ; aussi la discussion ne peut-elle pas être abordée ici, et faudra-t-il y revenir au cours du chapitre suivant (3).

(1) En ce sens : MONDET, *Le recours des personnes responsables du fait d'autrui*, thèse Bordeaux, 1897, p. 36 ; H. et L. MAZEAUD, I, n° 725 (cpr. n° 721) ; BESSON, note D. P. 1930.2.115 (III, p. 117).

MONDET (*op. et loc. cit.*) reproche aux auteurs classiques une confusion continuelle entre les deux sources de responsabilité. Quant au fond, cette critique paraît injustifiée : la forme seule de l'exposé laisse croire parfois, par son manque de netteté, qu'ils considèrent le recours intégral comme exceptionnel.

(2) En ce sens : TEISSEIRE, p. 243. Cpr. DEMOGUE, V, n° 954, p. 165, note 1.

(3) *Infra*, chapitre II, section II, p. 46 s.

CHAPITRE II

LE FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DU COMMETTANT

Les caractères de la responsabilité du commettant et le recours auquel elle donne lieu étant connus, il devient possible d'en rechercher le fondement : les idées que propose la doctrine pour justifier cette responsabilité ne seront, en effet, valables que si elles rendent compte des deux règles précédemment analysées (1).

Il n'est pas nécessaire que cette recherche particulière soit précédée d'une discussion des théories générales de la responsabilité civile (2). Sans doute, le lien est-il étroit entre ces théories et les constructions explicatives de l'article 1384 § 5 ; celles-ci pourraient n'être considérées que comme un aspect, sinon une application, de celles-là. Mais on verra suffisamment, dans la suite de ce chapitre, à quelles thèses se rattachent les différentes conceptions étudiées et quelle est la portée des critiques qui leur sont adressées.

(1) Le fondement doit expliquer, en outre, que le commettant ne soit responsable qu'autant que le préposé a agi « dans les fonctions » auxquelles il est employé. Un chapitre spécial étant consacré à la notion d'exercice des fonctions (Seconde Partie, Chapitre II), il y sera brièvement traité de cette concordance. Ici, aucun élément supplémentaire n'en résulterait : chaque théorie justifie facilement la règle ; les difficultés n'apparaissent que pour en préciser les limites.

(2) On consultera sur ce point le *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile* de MM. H. et L. MAZEAUD (en particulier nos 63-95 et 368-380) ; on pourra, d'autre part, se reporter à la bibliographie complète donnée au Tome II de cet ouvrage, p. 977 s.

Abstraction faite de divergences personnelles, d'ailleurs nombreuses, on peut distinguer quatre tendances nettes autour desquelles se groupent ces conceptions.

Selon l'opinion classique *la loi présume* chez le commettant *une faute personnelle* dont elle lui impose réparation. (Section I).

Pour les partisans des théories objectives, la responsabilité du commettant est un *risque* mis à sa charge par la loi *en contre-partie du profit* qu'il tire de l'activité du préposé. (Section II).

En face de ces opinions opposées, deux théories, moins étroitement solidaires de celles qui sont professées sur le fondement général de la responsabilité civile, font reposer l'article 1384 § 5, l'une sur la notion de *représentation* (Section III), l'autre sur une idée de *garantie* imposée par la loi (Section IV).

SECTION I

La présomption de faute.

D'après les auteurs classiques, la responsabilité pour autrui suppose une faute personnelle de celui sur qui elle pèse. L'article 1384 ne fait que présumer cette faute ; c'est la seule dérogation qu'il apporte au droit commun (1).

Pour le père et la mère, l'instituteur et l'artisan, cette conception ne fait pas de difficultés (2) ; la faculté d'exonération

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, IV, n° 2895 ; FROMAGEOT, *De la faute comme source de responsabilité en droit privé*, p. 33.

Adde la plupart des références données au cours de cette section.

(2) TOULLIER, XI, n° 359 ; LAURENT, XX, n° 550 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, nos 627 s. ; BEUDANT, n° 1201.

SOURDAT, II, n° 814 ; H. et L. MAZEAUD, I, nos 780 s., 826 s.

BARRET-LAGARENNE, p. 351 ; DHORNE, p. 15 ; CAPRONNIER, p. 30 ; DALLANT, p. 31.

TRIANDAFIL, *L'idée de faute et l'idée de risque comme fondement de la responsabilité*, thèse Paris, 1914, p. 74-75 ; FROMAGEOT, *op. cit.*, p. 146 s. ; DEMOGUE, *De la réparation civile des délits*, p. 66 ; CHARMONT, *Les transformations du droit civil*, p. 257.

PLANIOL, *Responsabilité du fait d'autrui*, *Rev. crit.*, 1909, p. 289.

leur étant réservée (1), ce simple déplacement du fardeau de la preuve ne porte pas atteinte aux principes.

L'idée d'une présomption de faute peut-elle, au contraire, se concilier avec le refus au commettant de toute faculté d'exonération ? C'est la première question à résoudre. Conformément au plan que nous nous sommes tracé, nous nous demanderons ensuite si la même idée peut justifier le recours du commettant contre le préposé.

* * *

L'accord ne s'est pas fait, même parmi les partisans de la théorie classique, sur le point de savoir en quoi consiste exactement la faute reprochée au commettant.

L'opinion traditionnelle dissocie entièrement, quant à leurs raisons justificatives, les diverses dispositions de l'article 1384. Tandis que la responsabilité des père et mère, celle des instituteurs et des artisans reposent sur une présomption de défaut de surveillance, à laquelle s'ajoute, pour les premiers, une présomption de négligence dans l'éducation, celle du commettant repose uniquement sur une présomption de mauvais choix (2). « N'a-t-il pas à se reprocher d'avoir donné sa confiance à des hommes méchants, maladroits, ou imprudents ? » C'est la phrase, tant de fois citée, de Bertrand de Greuille (3) et l'autorité de Pothier est invoquée dans le même sens (4).

Mais cette thèse absolue ne devait pas se maintenir ; une unité

(1) Sauf à discuter de ce qu'on doit entendre par la preuve qu'ils n'ont pu empêcher le fait dommageable : Voy. par exemple, pour les parents : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 631 ; H. et L. MAZEAUD, I, nos 770 s.

(2) DEMOLOMBE, XXXI, n° 610 ; LAURENT, XX, n° 571 ; HUC, VIII, n° 444 ; COLMET DE SANTERRE, V, n° 365 bis ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, IV, n° 2911.

MONDET, *Le recours des personnes responsables du fait d'autrui*, thèse Bordeaux, 1897, p. 16.

DEMOGUE, *De la réparation civile des délits*, p. 70.

(3) BERTRAND DE GREUILLE, au Tribunat, 16 Pluviôse an XII : FENET, XIII, p. 476 ; LOCRIÉ, XIII, p. 42.

(4) POTHIER, *Obligations*, n° 121 : « ... ce qui a été établi pour rendre les maîtres attentifs à ne se servir que de bons domestiques ».

relative était bientôt apportée, par la doctrine, à la justification de ces différents cas de responsabilité. Les maîtres aussi doivent surveiller ceux qu'ils emploient ; ils ont non seulement le droit, mais le devoir, de leur donner des ordres. L'idée d'un défaut de surveillance, si elle reste insuffisante à rendre compte de leur responsabilité, ne doit pas être éliminée. Au surplus, les travaux préparatoires rattachent également à un relâchement de la discipline les écarts de conduite des préposés (1). C'est donc une double présomption de faute qui pèse sur le commettant : *culpa in eligendo*, *culpa in vigilando* (2).

C'est la forme la plus développée de la théorie classique. Elle conduit, en présence d'une faute du préposé, à expliquer le caractère irréfragable de la responsabilité du commettant par le dilemme suivant (3) :

Ou la surveillance avait été très diligente, le commettant ayant, par exemple, formellement interdit l'acte fautif et veillé, autant qu'il était possible, à ce que sa défense ne fût pas enfreinte. Si, malgré la surveillance exercée sur lui, le préposé a néanmoins commis une faute, c'est qu'il ne méritait pas la confiance qui lui avait été accordée ; il est alors établi que le choix a été imprudent.

(1) Discours du Tribun Tarrible au Corps Législatif, 16 Pluviôse an XII : FENET, XIII, p. 488. Voy. TARBOURIECH, *La responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*, n° 26.

(2) En ce sens : BEUDANT, n° 1211 ; LAROMBIÈRE, article 1384, n° 8 ; SOURDAT, II, nos 884-885 ; RÉCAMIER, p. 90 ; LABICHE, p. 92 s. ; BARRET-LAGARENNE, p. 61 s. ; LOT, p. 186 s. ; DHORNE, p. 30 ; THOYOT, p. 127-128 ; FROMAGEOT, *De la faute comme source de responsabilité en droit privé*, p. 150 ; TRIANDAFIL, *L'idée de faute et l'idée de risque comme fondement de la responsabilité*, thèse Paris, 1914, p. 78 ; BALLOT, *Revue pratique de droit français*, t. II, p. 314.

Cpr. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 641 ; RUTSAERT, *Le fondement de la responsabilité civile extra-contractuelle*, p. 128 ; WILLEMS, *Essai sur la responsabilité civile*, *Revue générale de droit*, 1896, p. 18 s.

Sur cette évolution de l'idée de choix à celle de surveillance : Voy. E. H. PERREAU, note S. 1906.2.17, col. 1.

(3) Le raisonnement ne se présente pas, en général, avec autant de rigueur ; il a été synthétisé sous cette forme par les adversaires de la théorie classique : STOICESCU, p. 64, et, surtout TEISSEIRE, p. 144-145.

Où, au contraire, le commettant avait apporté tous ses soins au choix du préposé. Si celui-ci, malgré les garanties sérieuses qu'il présentait, s'est révélé l'auteur d'un acte dommageable, c'est qu'il était insuffisamment surveillé.

Si, en effet, l'obligation de bien choisir et celle de surveiller le préposé avaient été l'une et l'autre remplies, on ne concevrait pas la possibilité de réalisation du dommage.

Malgré la rigueur apparente de ce raisonnement, la critique de ses deux termes nous en démontrera la fragilité.

On objecte, le plus souvent, à l'idée de mauvais choix que le commettant devrait être autorisé à prouver qu'il a recueilli sur son préposé les renseignements les meilleurs. L'argument n'est pas péremptoire, car, s'il a été trompé par ceux à qui il s'est adressé, c'est qu'ils ne méritaient pas eux-mêmes sa confiance ; en la leur accordant à tort, il a donc commis une imprudence. Mais il reste une objection fondamentale que Saleilles a mise vivement en lumière (1). Le plus habile est à la merci d'une maladresse. De l'imprudence occasionnelle du préposé, on ne peut conclure qu'il soit « maladroit, imprudent par nature » ; par suite, il n'était pas nécessairement dangereux d'utiliser ses services. La preuve qui devrait être admise est donc celle du caractère accidentel de la faute du préposé. Alors même, en effet, qu'un choix entièrement libre a été effectué, alors même qu'il a été particulièrement diligent, rien ne prouve qu'aucune faute ne sera commise. Par conséquent, et en sens inverse, du fait connu — la faute du préposé — on ne peut induire que le choix ait été mauvais.

La critique de la présomption d'un défaut de surveillance, seconde base de la thèse classique, se révèle également décisive. Si le préposé, dit-on, a pu commettre une faute, c'est que le commettant a mal usé de l'autorité qu'il possède sur lui. On aperçoit facilement que, dans cette explication, deux

(1) SALEILLES, *Les Accidents du travail et la responsabilité civile*, p. 31-32. Dans le même sens : JOSSEMAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, p. 93.

variantes restent possibles (1). Ou l'on présume que le préposé a agi sur l'ordre du commettant ; ou, plus simplement, on estime que celui-ci, ayant le devoir de le surveiller, « doit être considéré comme tolérant tout ce qu'il n'empêche pas » (2) : complicité dans un cas, simple négligence dans l'autre.

De ces deux analyses, ni l'une ni l'autre n'est satisfaisante. La première exigerait impérieusement l'exonération au cas de défense formelle faite au préposé d'accomplir l'acte fautif. La seconde perd toute valeur dès lors qu'on observe qu'une surveillance continuelle est, en pratique, impossible à exercer. Sans doute a-t-on parfois adopté, sur ce dernier point, une opinion contraire et a-t-on soutenu que, dans l'industrie moderne, l'organisation du travail permet un contrôle régulier sur tous les détails de l'exécution (3). Mais cette réponse est sans valeur, même si ce qu'elle affirme des conditions du travail est exact ; la responsabilité, en effet, n'est pas limitée aux seules entreprises industrielles (4).

La conclusion s'impose. Le choix diligent et la surveillance attentive n'excluent pas la possibilité d'une faute du préposé ; le double fondement assigné par les auteurs classiques à la responsabilité du commettant n'en justifie donc pas le caractère irréfragable. « Chassés d'une de leurs deux forteresses, écrit Planiol, ils se réfugient dans l'autre, et continuent indéfiniment ce petit jeu, bien qu'ils ne trouvent d'appui solide ni sur un point ni sur l'autre (5) ». On ne peut que souscrire à cette condamnation formelle de leur doctrine.

Ce n'est pas à dire que la disposition édictée par l'article 1384 § 5 ait été, dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, indé-

(1) Pour cette analyse et cette critique de l'idée de défaut de surveillance, voy. : PLANIOL, *Responsabilité du fait d'autrui*, *Rev. crit.*, 1909, p. 296-297.

(2) PLANIOL, *op. cit.*, p. 297.

(3) En ce sens : SAINCTELETTE, *Responsabilité et garantie*, p. 125.

(4) DEMARNE, p. 182.

(5) PLANIOL, *Responsabilité du fait d'autrui*, *Rev. crit.*, 1909, p. 297 *in fine*. Voy. dans le même sens : H. et L. MAZEAUD, I, n° 931 ; DALLANT, note D. P. 1931.1.172, col. 1.

pendante de toute faute. Pour eux, la faute du préposé démontre celle du commettant ; le dilemme — mauvais choix, défaut de surveillance — s'impose et la preuve contraire, logiquement inconvenable, n'est interdite, comme l'écrit M. Teisseire, que pour tarir dans leur source des procès perdus d'avance (1). L'inexactitude de cette conception, du point de vue rationnel, vient d'être démontrée ; elle n'en a pas moins été celle du législateur. Mais, seule, la disposition impérative du texte a force législative. L'interprète garde, quant à la détermination du fondement, toute sa liberté.

Or, s'il est vrai que le caractère irréfragable d'une présomption dépend souvent de ses motifs et de l'importance qu'elle présente pour l'intérêt social, plus que de son degré de probabilité (2), elle devient alors, en réalité, « une règle de droit indépendante, que son origine seule rattache au domaine de la preuve » (3).

La théorie traditionnelle n'expliquant pas que le commettant soit privé de toute faculté d'exonération, il convient de rechercher si elle se concilie mieux avec le droit qui lui est reconnu d'exercer un recours contre le préposé.

* * *

Si la responsabilité du commettant repose sur une présomption de faute, le recours intégral ne se présente pas, à première vue, comme un principe d'une légitimité indiscutable. La victime ayant été indemnisée du dommage subi, le préposé et le commettant se trouvent, en effet, dans la situation sui-

(1) TEISSEIRE, p. 145. SALEILLES (*Les accidents du travail et la responsabilité civile*, nos 18 s., en particulier, p. 32, note 52) et M. JOSSERAND (*La responsabilité du fait des choses inanimées*, p. 93-94) semblent, au contraire, considérer que, même dans l'esprit du législateur, la responsabilité du fait d'autrui est indépendante de l'idée de faute.

(2) En ce sens : GÉNY, *Science et technique en Droit privé positif*, III, n° 234, en particulier p. 298.

(3) GÉNY, *op. cit.*, n° 232, p. 282.

vante : l'un a, par hypothèse, commis une faute, et cette faute a été prouvée ; sur l'autre pèse une présomption. Tous deux, en d'autres termes, ont été déclarés en faute, l'un par une décision judiciaire, l'autre par la loi. La charge définitive de la réparation ne devrait-elle pas, dès lors, se répartir entre eux ?

Cette conception, qui a été récemment défendue (1), ne saurait être acceptée. Sur le terrain de la faute, l'existence du recours se justifie. Pratiquement, la solution contraire ne pourrait être mise en œuvre sans de grandes difficultés ; juridiquement, elle serait contraire aux principes.

En premier lieu, « si chacun pouvait arguer de la faute de l'autre, ils se renverraient éternellement la balle et la situation serait sans issue » (2).

Sans doute, s'agit-il seulement d'opérer une répartition entre deux responsables et non de déterminer un responsable unique. Mais cette observation ne fait elle-même qu'éloigner l'objection sans la détruire ; en effet, la base habituelle de répartition, le degré de gravité de chaque faute (3), fait ici défaut, l'une d'elles n'étant que présumée. On ne peut se contenter de dire, avec M. Demogue (4), que le juge tranchera la question par une sorte d'*imperium* parce qu'il doit « donner sécurité en fixant les situations » : c'est précisément la sécurité qui manquerait le plus dans un système ne comportant pas de principe directeur.

De plus, ce n'est pas seulement cette impossibilité pratique (5)

(1) DEMOGUE, V, n° 954, p. 165, note 1. Dans le même sens, quant aux conséquences logiques de l'idée de faute : BESSON, note D. P. 1930.2.117, col. 1.

(2) TEISSEIRE, p. 244.

(3) C'est la base adoptée en jurisprudence pour le recours entre coauteurs, et pour la répartition du dommage entre l'auteur et la victime au cas de compensation des fautes : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, nos 687 et 570 et les références (Cpr. Cod. comm., art. 407 pour l'abordage maritime).

(4) DEMOGUE, *loc. cit.* (V, n° 954).

(5) Cette impossibilité pratique est indéniable dans le système de la faute ; nous verrons qu'une gradation de la charge définitive est au contraire réalisable, au moins en principe, dans le système du risque : *Infra*, section II, p. 47 et 49.

qui s'oppose à la répartition de la responsabilité entre le commettant et le préposé ; les idées même qui sont à la base de la responsabilité civile permettent surtout d'en combattre le principe. La faute n'oblige à réparation qu'envers celui-là seul qui a subi un préjudice ; or, la faute du commettant n'a causé aucun dommage au préposé. Peut-être est-il même possible d'aller plus loin : il n'est pas en faute vis-à-vis de lui, et ce point se trouve mis en pleine lumière si l'on se réfère à la définition de la faute, violation d'une obligation préexistante, proposée par Planiol (1). S'il existe une obligation de choisir des préposés honnêtes et adroits et de les bien surveiller, elle n'existe pas envers ces préposés eux-mêmes. Ils ne peuvent venir dire : « Vous m'avez mal choisi, vous m'avez mal surveillé. » L'admettre serait reconnaître, en leur personne, de la façon la plus paradoxale, un droit à ne pas être employés par autrui en raison de leurs défauts.

La théorie de la présomption de faute n'est donc pas en opposition logique avec le recours ; mais il suffisait qu'elle se heurtât à l'interdiction de la preuve libératoire pour que la recherche d'un autre fondement s'imposât aux interprètes.

SECTION II

Le risque et le profit.

La théorie classique présente un caractère artificiel et *a priori* ; elle ne découvre, en effet, une faute à la charge du commettant que parce qu'elle part d'abord du principe que la responsabilité ne se conçoit pas sans cette base (2). Par suite, elle se révèle impuissante à justifier les règles du droit positif.

(1) PLANIOL, II, n° 863 ; *Etudes sur la responsabilité civile*, *Rev. crit.*, 1905, p. 287.

(2) Cpr. LÉVY, *Responsabilité et contrat*, *Rev. crit.*, 1899, p. 379 : « nous disons qu'il y a faute lorsque nous sommes habitués à voir un fait entraîner responsabilité. »

Aussi a-t-elle été abandonnée par la majorité de la doctrine moderne.

Les coups les plus durs lui ont été incontestablement portés par les défenseurs des théories objectives du risque ; mais la thèse qui va être exposée n'est pas une simple application de ces théories. D'une part, en effet, l'illogisme de l'analyse ancienne peut être reconnu par les partisans les plus convaincus de l'idée de faute comme source générale de responsabilité : il suffit de citer l'exemple de Planiol (1). D'autre part, les auteurs qui proposent une explication nouvelle procèdent essentiellement par voie inductive : c'est, en particulier, la méthode de Saleilles et de M. Josserand (2). Ils s'appuient sur la responsabilité du commettant, affirment qu'elle est indépendante de toute faute, et, généralisant cette solution, aboutissent à des constructions d'une portée plus large. Bien loin donc que l'idée générale de risque ait fait abandonner ici la présomption de faute, ce sont les règles applicables à notre matière qui ont, au contraire, constitué le point d'où l'on est parti pour tenter de démontrer que la faute ne suffit pas à tout résoudre.

Risque contre-partie d'un profit, et risque créé : ce sont les deux aspects du fondement proposé. Ils demandent à être exposés et appréciés en eux-mêmes, avant d'être réunis pour être confrontés avec les dispositions de la loi.

* * *

La première idée se résume tout entière en une phrase de Saleilles. Le commettant répond des fautes du préposé parce qu'il s'agit de « quelqu'un qui travaille pour lui, dont il utilise l'activité à son service ; *il prend donc pour lui tous les résultats de son activité*, ce qu'il produira de bon, comme ce qu'il

(1) PLANIOL, *Responsabilité du fait d'autrui*, *Rev. crit.*, 1909, p. 290 s., et, pour sa conception générale de la responsabilité : *Etudes sur la responsabilité civile*. *Rev. crit.*, 1905, p. 271 s., 1906, p. 80 s.

(2) SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile* ; JOSSE-RAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*.

produira de mal » (1). Planiol, dans une analyse très voisine, expliquant l'article 1384 par l'idée d'entreprise, voit ici « une loi de connexité entre le profit et le risque » (2).

Qu'une telle conception soit étrangère aux auteurs du Code, il est difficile de le nier, malgré cette phrase de Bertrand de Greuille : « n'est-ce pas le service dont le maître profite qui a produit le mal qu'on le condamne à réparer ? » (3) Les travaux préparatoires, si l'on veut en tirer argument, doivent être pris, en effet, dans leur ensemble et il n'y a là qu'une formule incidente (4). Mais cette raison ne suffirait pas à faire écarter l'idée de risque comme explication doctrinale (5). S'il est impossible de l'accepter, c'est que ni l'équité ni la logique ne sont, par elle, satisfaites.

La base assignée par ce système à la responsabilité du commettant — la spéculation sur le travail d'autrui — fait entièrement défaut, tout d'abord, à la responsabilité des maîtres du fait de leurs domestiques (6). Or, il est très difficile d'admettre,

(1) SALEILLES, *op. cit.*, n° 19, p. 32.

Déjà, Turbouriech (*La responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*, n° 24, p. 20, note 1) avait « hasardé cette idée » avant lui, sans oser s'y attacher : *ubi emolumentum...*

Dans le même sens : DEMOGUE, V, n° 882, avec quelques nuances ; LALOU, n° 485 ; ZINGHER, p. 53 s., en particulier p. 55 ; DALLANT, p. 37 s.

BOUVIER, *L'évolution de l'idée de responsabilité*, *Rev. crit.*, 1898, p. 182 ; ROLIN, *De la responsabilité sans faute*, *Rev. de droit international et de législation comparée*, 1906, p. 88.

Cpr. HUGUENEY, note S. 1915.1.114, col. 1.

(2) PLANIOL, *op. cit.*, *Rev. crit.*, 1909, p. 298-300.

(3) FENET, XIII, p. 476 ; LOCRÉ, XIII, p. 42. Cpr. les observations du Tribunal d'appel de Rouen, où cette formule se rencontre déjà : FENET, V, p. 500.

(4) En ce sens : TEISSEIRE, p. 140 s. Voy. l'importance que M. Demogue attache au contraire à cette déclaration : « c'est l'idée de risque implicitement consacré » (V, n° 881).

(5) Cpr. TEISSEIRE, *loc. cit.* ; voy. *supra*, section I, p. 36-37.

(6) PLANIOL, reconnaît le défaut de concordance, et se déclare opposé au caractère irréfragable de la responsabilité dans cette hypothèse (*op. cit.*, *Rev. civ.* 1909, p. 300-301). Il est insuffisant de dire que « tout maître a une sorte d'entreprise dont il tire profit » (DEMOGUE, V, n° 884 ; Cpr. H. et

pour deux règles aussi étroitement unies dans la même formule légale, deux fondements différents. D'autre part, si, considérant uniquement l'entreprise industrielle ou commerciale, on néglige cette objection déjà grave, il en reste une essentielle, et qui doit constituer le centre de la discussion.

Le préposé ne travaille pas pour son commettant, au profit de son commettant, mais dans son intérêt personnel, pour vivre, pour toucher un salaire (1). Il ne suffit pas de répondre, avec M. Demogue (2), que ce salaire est limité, tandis que le bénéfice du patron ne l'est pas ; mais il faut creuser ces notions, ce que les auteurs n'ont, pour ainsi dire, jamais fait, et ne pas persister à les considérer comme des éléments simples, alors que la théorie du profit est l'une des plus complexes et des plus incertaines de l'Economie politique. Sans doute, ne peut-il être question de la discuter sous cet angle, mais certaines indications sont absolument nécessaires si l'on veut écarter des confusions courantes.

Le profit se définit économiquement la rémunération de l'entreprise, par opposition au salaire, rémunération du travail et à l'intérêt, revenu du capital. Si l'on considère, en particulier, le profit tiré de l'activité de l'ouvrier, il apparaît comme l'excédent de la valeur créée par son travail sur celle qui lui est remise à titre de salaire. A ces deux points de vue, il peut être vrai de dire que le profit n'est pas fixé d'avance, et que l'entrepreneur spéculé sur le travail de ses ouvriers. Mais le fait qu'une rémunération ne soit pas fixée d'avance n'implique nullement qu'elle soit illimitée, car le taux en est

L. MAZEAUD, I, n° 933 ; ZINGHER, p. 54). A quelques controverses que donne lieu la notion de profit, il n'existe certainement pas ici : il n'y a pas spéculation sur le travail d'autrui là où il n'y a pas création, par ce travail, de richesses destinées à circuler.

(1) RUTSAERT, *Le fondement de la responsabilité civile extra-contractuelle*, p. 120. Cpr. la critique, par M. BECQUÉ, de l'idée de risque comme fondement de la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle : le débiteur se sert des ouvriers autant dans l'intérêt du créancier que dans le sien propre ; ce n'est donc pas seulement parce qu'il profite de leur activité licite, qu'il doit répondre de leur activité fautive (*Rev. trim.* 1914, p. 277).

(2) DEMOGUE, V, n° 882.

déterminé par le jeu des lois économiques. Il n'implique pas davantage, que ce taux doive être nécessairement supérieur à celui des salaires, ceci devant s'entendre, bien entendu, d'un salaire de direction. En certains lieux, à certaines époques, et dans certaines branches d'industrie, le profit moyen des entrepreneurs est tout au plus égal au salaire de direction d'une affaire de même importance.

Mais, bien plus : la rémunération peut descendre plus bas, disparaître entièrement. Si les perspectives de gain ne sont pas étroitement limitées, elles sont aléatoires. Là est le risque que court l'entrepreneur : travailler pour rien, perdre de l'argent. L'acceptation de ce risque est l'un des caractères par lesquels se définit son rôle économique ; plutôt que de parler ici de risque compensation d'un profit, il serait aussi exact de dire, à l'inverse, que le profit se légitime et s'explique par les risques qui en sont la contre-partie. Il est vain, d'ailleurs, de chercher lequel de ces éléments justifie l'autre : ils sont liés, et cela suffit, mais ils ne sont liés qu'en tant qu'ils représentent des notions homogènes d'ordre industriel et commercial. Le profit s'entend des bénéfices que l'entreprise peut rapporter à celui qui en a eu l'initiative, le risque s'entend des pertes qu'elle peut entraîner pour lui. A celui qui a toutes les chances de gain vont aussi tous les risques de pertes : là est la véritable loi de connexité. Affirmer qu'à titre de contre-partie du profit, l'entrepreneur supportera le risque des dommages que son entreprise causera *aux tiers*, alors que ceux-ci ne lui tiennent pas compte des avantages qu'elle leur procure, c'est déplacer les termes du problème, c'est, en tout cas, présenter faussement la règle légale comme l'application d'une sorte de loi scientifique.

Cette observation, d'une portée générale, se peut préciser au regard de la responsabilité du fait des préposés. Il est vrai que le maître prend pour lui les résultats, bons ou mauvais, du travail de ceux qu'il emploie. La loi n'a pas besoin de le dire, et l'on ne voit pas comment il pourrait en être autrement, mais cela ne veut dire qu'une chose : si l'ouvrier, comme il

est normal, crée une valeur supérieure à son salaire, le maître réalise un bénéfice ; le risque correspondant est celui de le voir produire, au contraire, une valeur inférieure à ce salaire. Le maître subira les pertes résultant de sa maladresse, des malfaçons qu'il pourra commettre ; il supporte les conséquences des défauts d'un ouvrier, comme il bénéficie des qualités d'un autre. Les dommages causés aux tiers par les fautes des préposés sortent des termes de ce rapport, de cette compensation logique et nécessaire ; c'est une équivoque de voir dans l'obligation de les réparer la contre-partie du profit tiré du travail d'autrui (1).

Ainsi, la théorie du risque, sous sa première forme, n'est pas susceptible d'expliquer rationnellement et de justifier en équité la responsabilité du commettant.

Du point de vue logique, l'idée de risque créé ne mérite pas les mêmes critiques.

« On doit répondre non seulement de son activité propre, mais des activités étrangères que l'on a asservies ; c'est la rançon de la qualité de chef. » Il y a là « une idée d'accepta-

(1) Cpr. la réfutation, par M. BARTIN, (sur AUBRY et RAU, VI, § 446, note 10, p. 375) des considérations par lesquelles on justifie, du point de vue de l'équité, la responsabilité du fait des choses inanimées. La maxime *Ubi emolumentum...* ne peut s'y appliquer ; si le propriétaire prend pour lui toutes les chances de perte, « cela s'entend des pertes qui atteignent la chose..., qu'elle peut *subir*, et non pas des pertes qu'elle peut *faire subir* » : il n'est pas justifié de passer d'un sens à l'autre, alors qu'ils sont très différents. « L'abus de langage et la confusion de mots » ne paraissent pas moins graves dans la doctrine que nous combattons : le vice du raisonnement est le même.

Cpr., d'un point de vue assez différent, la critique de la théorie générale du risque par M. P. ESMEIN, (*in* PLANIOL et RIPERT, VI, n° 480, 3° p. 665) : il faudrait logiquement admettre que l'homme, tenu de supporter les dommages causés par ses actes, pourrait réclamer les profits causés par son activité. » Au fond des choses, c'est toujours le même défaut d'homogénéité entre les deux notions dont on prétend que l'une constitue la contre-partie équitable de l'autre.

Sur une autre confusion à laquelle l'expression de risque a donné lieu à propos du critère de la notion de préposé : *Infra*, première partie, I, section II, p. 83-84 et P. ESMEIN, *Rev. Crit.* 1924, p. 196.

tion et d'appropriation des actes des préposés » ; au surplus, on peut relever un fait personnel au commettant : l'acte qui a créé la subordination (1). Si l'analyse dissocie, d'ailleurs, assez facilement cette justification de la précédente, dans la pensée des auteurs elle s'y mêle le plus souvent. Ceux qui s'attachent à l'idée de profit observent que, par la fonction qu'il a confiée au préposé, le commettant a été la cause occasionnelle de l'acte dommageable (2). De même, remarquent-ils encore, celui qui fait exécuter un travail par autrui ne doit pas être mieux traité que celui qui l'entreprend personnellement (3).

Ces arguments, pensons-nous, ne peuvent être pleinement convaincants que si l'on a d'abord admis que l'homme ne doit pas réparer seulement les conséquences de ses fautes, mais aussi toutes celles de son activité ; ils supposent que les risques sont à la charge de celui qui agit. Aussi, n'y a-t-il pas unité parfaite entre la position habituelle de PLANIOL et la thèse qu'il défend sur ce point (4). Mais, si le principe de la responsabilité sans faute est accepté, il s'applique sans difficulté dans ce cas particulier : de même qu'on répond de sa propre activité, de même on répond de celles dont on est, pour ainsi dire, le créateur (5). Dans les deux cas, on a créé le même risque, exposé les tiers aux mêmes dangers. Les seules objections d'ordre rationnel soulevées par l'idée de risque créé, comme fondement de l'article 1384 § 5, sont donc celles qu'on

(1) TEISSEIRE, p. 238 s.

(2) DEMOGUE, V, n° 959 ; SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, p. 33.

(3) PLANIOL, *Responsabilité du fait d'autrui* ; *Rev. Crit.* 1909, p. 298-299, (cette observation serait d'ailleurs mieux à sa place pour la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle) ; Cpr. DEMOGUE, V, n° 882.

(4) Pour sa conception d'ensemble de la responsabilité civile, fondée sur l'idée de faute, voy. les ouvrages cités *supra*, p. 40 note 1.

(5) De ce point de vue, il est aussi exact de fonder la responsabilité sur le fait que le *préposé augmente la puissance d'action du commettant* et, par suite, les dangers que ses initiatives font courir aux tiers, (auteurs précités), ou de soutenir, à l'inverse, que *la fonction confiée au préposé augmente sa propre puissance d'action*, et que son activité devient plus dangereuse, parce qu'elle est intégrée à un organisme économiquement plus fort. L'expression est différente, mais le point de vue fondamental est le même.

adresse d'ordinaire à la théorie générale du risque : du point de vue moral, le lien de causalité est insuffisant à fonder l'obligation de réparer; du point de vue social, il n'est pas bon qu'une menace plane sur toutes les initiatives. Ces objections, qui dépassent le cadre de notre étude, n'ont pas, avons-nous dit, à être discutées ici : c'est sur un terrain plus positif que nous critiquerons, en les réunissant, les deux variantes de l'idée de risque. Ni l'une ni l'autre n'expliquent, en effet, les particularités de la responsabilité du commettant.

* * *

On conçoit, sans peine, qu'une responsabilité qui cesse d'être fondée sur la faute ne comporte aucune faculté d'exonération. On ne saurait, en effet, sans une scolastique exagérée, réclamer pour le commettant le droit de prouver qu'il ne réalise pas de profit; la thèse du risque créé resterait d'ailleurs, de toute manière, en dehors de la portée de cette objection. Mais la théorie nouvelle, née précisément pour expliquer l'interdiction de la preuve libératoire, ne justifie pas, au contraire, le recours (1).

Tout le profit d'un côté, tous les risques aussi par conséquent : « le partage des risques entre les travailleurs supposerait le partage des profits » (2). Comment, dès lors, expliquer que la charge définitive retombe sur le préposé ? La contradiction n'est pas moins grave si l'on admet que le patron est responsable parce qu'il a intégré à la sienne des activités étrangères et que le dommage provient des conditions même du travail plutôt que de l'acte individuel d'un ouvrier.

Il ne sert à rien d'affirmer qu'en raison du recours, le risque assumé est seulement celui de l'insolvabilité du préposé (3). Ce n'est là qu'une constatation, et, sans doute, est-il, en effet,

(1) En ce sens : DEMARNE, p. 194 ; BAHGAT, p. 54 ; RUTSAERT, *Le fondement de la responsabilité civile extra-contractuelle*, p. 120, .

(2) PLANIOL, *op. cit.*, *Rev. Crit.* 1909, p. 298.

(3) Voy. pourtant en ce sens : DALLANT, p. 40 ; note D. P. 1931. 1. 179 col. 1.

des règles dont il faut se borner à constater l'existence ; mais on doit alors l'avouer, ne pas poser un principe très général d'explication pour en réduire immédiatement la portée dans des proportions qui équivalent à le supprimer.

Ceux qui adoptent l'idée de risque, s'ils veulent en admettre les conséquences logiques, doivent, en réalité, nier le caractère intégral du recours. Tel est, en particulier, le point de vue de M. Teisseire. Le préposé n'est pas entièrement indépendant ; dans une certaine mesure il est un instrument ; il doit donc être partiellement déchargé de la responsabilité. Cette atténuation sera d'autant plus forte que, d'une part, son indépendance est plus réduite, c'est-à-dire son rôle général dans l'affaire plus infime, et que, d'autre part, la faute par laquelle il a causé le dommage a été moins grave : ces deux lois devront s'appliquer parallèlement (1). De même, selon M. Ripert, pour qui le préposé, en matière maritime tout au moins, ne doit répondre personnellement que de ses fautes lourdes, il y aurait lieu d'introduire ici la distinction que connaît le droit administratif entre la faute personnelle et la faute de service (2).

L'application de ces idées resterait évidemment limitée. Elles supposent, en effet, que, en dehors même de l'obligation qui pèse sur lui d'obéir aux instructions de son commettant, le préposé n'est pas absolument maître des conséquences de ses actes. Il en est ainsi dans deux groupes de situations : certains préposés, dans la grande industrie, ne représentent qu'un rouage au sein d'un organisme ; d'autres, bien que leur fonction soit plus individuelle, dirigent une chose sur laquelle leur action ne peut s'exercer en toute certitude : tel, par exemple, le chauffeur d'automobile.

(1) TEISSEIRE, p. 246 s. « Dans leurs rapports respectifs, le préposé supporte son fait dans la mesure où ce fait lui reste personnel, et le commettant supporte le fait du préposé dans la mesure où il l'a rendu son fait propre » (p. 256).

(2) RIPERT, *Droit maritime*, I, n° 849 ; cpr. *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 126. La pensée de PLANIOL révèle, sur cette question du recours, une certaine hésitation : c'est sous une forme dubitative qu'il propose de sous entendre une clause d'exonération des fautes légères dans les rapports entre commettant et préposé (*Rev. Crit.* 1909, p. 299, note 1).

Pour ce dernier cas, en particulier, un arrêt récent de la Cour de Paris semble, au premier abord, avoir adopté une conception voisine de celle que proposait M. Teisseire. Le recours, décide-t-il, n'existe que « dans le cas où l'auteur du fait dommageable, abusant de ses fonctions, a ainsi commis une faute lourde dans l'exercice de celles-ci ; si, au contraire, il s'est borné à exécuter les instructions formelles qu'il avait reçues de son commettant, celui-ci est privé de tout recours contre lui » (1). Mais ce second motif montre en réalité la volonté de la Cour de s'en tenir aux principes habituels. Confronté avec les circonstances de l'espèce, il ne fait que révéler une confusion. Les instructions données, — fixation du but et de l'itinéraire, — étaient sans aucun rapport avec la faute technique de conduite. Mais, alors que le commettant n'est personnellement responsable que s'il a donné *l'ordre précis d'accomplir l'acte dommageable*, la Cour considère ici sa responsabilité comme engagée dès qu'il a enjoint au préposé de remplir *la mission au cours de laquelle la faute est commise*. Ce faisant, elle déforme la théorie classique, mais continue de s'y rattacher ; elle fait, à tort, état d'un principe inapplicable en l'espèce (2), mais sa décision n'a pas la portée qu'on pourrait être tenté de lui attribuer.

Même après cet arrêt, la règle du recours intégral n'a donc pas subi d'atteinte directe en jurisprudence, et c'est à juste titre. Pour séduisante que soit la conception opposée, elle ne peut être acceptée.

(1) Paris, 14 mars 1930, D. P. 1930.2.115, note Besson.

La Chambre des requêtes, en rejetant le pourvoi formé contre cet arrêt a évité de prendre parti sur les conditions du recours. Considérant comme établi que le commettant ne pouvait pas, en l'espèce, se retourner contre le préposé, elle en a simplement déduit que son assureur ne devait pas avoir plus de droits que lui (Req., 18 avr. 1932, D. H. 1932.282).

(2) En ce sens : BESSON, note sous cet arrêt, en particulier, p. 118, col. 1 *in principio* ; H. et L. MAZEAUD, I, n° 728, note 1, p. 540. De plus, il y a certainement là un arrêt d'espèce, inspiré par le désir de faire jouer la garantie résultant d'un contrat d'assurance (sur l'arrêt envisagé à ce point de vue : BESSON, *op. cit.*, p. 118, col. 1 *in fine* et col. 2).

Malgré la finesse de l'analyse et des directives qu'elle donne (1), la répartition de la responsabilité entre le commettant et le préposé reste, en effet, difficile et l'imprécision demeure à craindre.

D'autre part, il n'est surtout pas exact de proclamer la liberté de l'interprète sur cette question parce que la loi ne l'a pas résolue (2). Sans doute, ne l'a-t-elle pas prévue expressément, mais c'est du droit commun, nous l'avons vu, que découle la solution : l'article 1382 s'oppose à ce que le préposé échappe à l'obligation de réparer intégralement les conséquences de ses fautes, si légères soient-elles.

Résumons ces développements. Si la responsabilité du commettant reposait sur une idée de risque, — et de quelque façon qu'on l'entende —, le principe du recours devrait être abandonné. Or ce principe a sa source dans des règles fondamentales du droit commun qui ne peuvent être écartées.

La contradiction est donc irréductible entre le fondement proposé et la disposition dont il doit rendre compte. Affirmer, en effet, que le seul risque assumé est celui de l'insolvabilité du préposé, c'est avouer une incontestable défaite.

SECTION III

La représentation.

C'est en dehors de l'idée de faute et de l'idée de risque, l'une ayant échoué devant l'interdiction de la preuve libératoire, l'autre devant le recours, que les deux dernières théories ont cherché le fondement de la responsabilité du commettant.

Selon Chironi, dont les idées, qui semblaient abandonnées,

(1) Ces directives ne sont pas d'une précision très sûre, mais elles existent : il suffit de graduer, en quelque sorte, l'autorité. Rappelons que, dans la théorie de la faute, aucune base ne pouvait, au contraire, se concevoir : il est impossible de comparer entre elles une faute prouvée et une faute présumée (*supra*, section I, p. 38).

(2) *Contra* : TEISSEIRE, p. 149.

ont été récemment reprises par MM. H. et L. Mazeaud, elle est une application des principes de la représentation (1). Le préposé représente le commettant, il agit comme son instrument matériel. Il y a, dès lors, entre eux, confusion juridique, fusion de personnes (2), et le fait du représentant oblige le représenté comme son fait propre (3) : par rapport aux tiers, il est considéré comme émanant de lui.

Cette explication soulève deux ordres d'objections, les unes et les autres décisives : elle implique une notion très contestable de la représentation ; — elle ne rend pas compte des caractères de la responsabilité du fait d'autrui.

La représentation existe, dans le système proposé par Chironi, dès qu'une mission est remplie, que des services sont prestés dans l'intérêt d'autrui (4). Or il est, au contraire, de principe qu'elle ne s'applique qu'aux actes juridiques ; elle s'entend, en effet, de la règle en vertu de laquelle un acte passé par le représentant produit immédiatement ses effets au profit du représenté et contre lui (5), règle dont l'application n'est concevable que lorsque cet acte a été accompli en vue de produire des conséquences de droit. En opposant la représentation *in genere*, où il y a seulement accomplissement d'actes matériels pour le compte d'autrui, à la représentation véritable et propre, Chironi reconnaît d'ailleurs nécessairement les différences qui les séparent ; mais l'extension n'en reste pas moins illégitime. La terminologie, en pareille matière, n'est

(1) CHIRONI, *Colpa extra-contrattuale*, I, n^{os} 156 s. ; H. et L. MAZEAUD, I, n^{os} 934 s., *adde*, n^o 992. Cpr. PIRMEZ, *De la responsabilité*, n^o 47.

(2) CHIRONI, *op. cit.*, n^{os} 156 et 157.

(3) CHIRONI, *op. cit.*, n^o 164. Cet auteur en conclut qu'il est inexact de parler de responsabilité du fait d'autrui. Il y aurait là une responsabilité du fait personnel, celle-ci comprenant non seulement le cas où le délit est matériellement commis par la personne responsable mais aussi le cas où il existe entre elle et l'auteur un lien de représentation (n^o 164). Voy. cependant, *contra* : H. et L. MAZEAUD, I, n^o 934 *in fine*, selon qui le commettant est vraiment responsable pour autrui.

(4) CHIRONI, *op. cit.*, n^{os} 160 et 181.

(5) CASSIN, *in* PLANIOL et RIPERT, VI, n^o 54 ; DEMOGUE, I, n^o 89.

pas libre ; lorsqu'un mot est employé dans la langue du droit avec un sens technique précis, il ne dépend pas de l'interprète de lui donner une autre portée ni surtout d'appliquer à la situation différente qu'il désigne ainsi les règles relatives à une notion spécifiquement déterminée.

Il ne suffit donc pas qu'il y ait action au profit d'autrui pour qu'il y ait représentation (1). A considérer, à tort, comme représentants tous ceux qui n'agissent pas pour leur compte personnel, on se trouve d'ailleurs ramené à la notion de profit, dont la responsabilité, ici encore, ne serait que la contrepartie : Chironi n'invoque-t-il pas, à l'appui de sa thèse, la phrase même de Bertrand de Greuille où les partisans du risque voient de leur côté une première manifestation de leurs idées (2), et n'affirme-t-il pas que là est la justification suffisante de la loi (3) ?

* * *

Rationnellement critiquable, la théorie de la représentation est, de plus, inapte à rendre compte du droit positif.

Elle explique l'interdiction de la preuve libératoire, qui devient inconcevable si l'on admet que la faute du préposé est faute du commettant (4). Mais elle reste inadéquate à justifier une responsabilité qui n'est pas exclusive de celle de l'auteur du délit (5). L'absence de toute obligation en la personne du représentant est, en effet, de l'essence de la représentation, au même titre que la naissance immédiate et directe

(1) En ce sens : CAPITANT, *Les sources extra-contractuelles des obligations*, Cours de doctorat, 1926-1927, p. 199-200. Cpr., d'un point de vue différent, SALEILLES, *Obligation*, n° 327, p. 414-415.

(2) « N'est-ce pas, en effet, le service dont le maître profite qui a produit le mal qu'on le condamne à réparer ? » (FENET, XIII, p. 476 ; LOCRÉ, XIII, p. 42). Voy. *supra*, p. 41.

(3) CHIRONI, *op. cit.*, n° 164.

(4) CHIRONI, *Colpa extra-contrattuale*, I, nos 158 et 164 ; H. et L. MAZEAUD, I, n° 936.

(5) En ce sens : FROMAGEOT, *De la faute comme source de responsabilité en droit privé*, p. 139.

des droits et des obligations en la personne du représenté (1). Ce sont deux aspects nécessairement liés de la même idée ; si l'un de ces effets ne se produit pas, c'est qu'il n'y a pas représentation. Dira-t-on que la confusion juridique n'existe qu'envers les tiers, mais ne joue pas dans les rapports entre commettant et préposé (2) ? Cette concession détruit en réalité le système ; l'admettrait-on même, bien qu'elle soit purement verbale, qu'elle justifierait tout au plus le recours, non le droit pour la victime de poursuivre directement le préposé.

Le défaut de concordance entre l'idée de représentation et la disposition de l'article 1384 § 5 va plus loin encore. La théorie de Chironi n'est pas seulement inconciliable avec la responsabilité personnelle du préposé, mais elle méconnaît aussi le caractère exceptionnel unanimement reconnu à celle du commettant. Si cette dernière responsabilité repose sur le lien de représentation existant, par hypothèse, entre l'auteur et le civilement responsable et si, par hypothèse également, la représentation s'étend aux délits, — ce sont les deux postulats de la thèse —, elle n'est plus qu'une application du droit commun. Le point de départ admis, on aboutit nécessairement à cette conclusion ; elle semble, en particulier, nettement acceptée par MM. H. et L. Mazeaud.

Pour eux, le fondement de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui est le même ; il réside dans ce principe général de représentation (3), que rappelle l'article 1384, mais qui s'applique sans texte en matière contractuelle. Il en résulte qu'en l'absence même d'un texte, le commettant eût également répondu du préposé, son représentant. Bien plus, en n'édicant la responsabilité délictuelle qu'à la charge des commettants, la loi, loin de leur faire supporter une charge spéciale, aurait restreint l'application, normalement plus étendue, de la règle. La responsabilité con-

(1) CASSIN, *in* PLANIOL et RIPERT, VI, nos 65 et 66.

(2) H. et L. MAZEAUD, I, n° 938.

(3) H. et L. MAZEAUD, I, n° 992, p. 690.

tractuelle est encourue, en vertu de ce seul principe qu'aucune disposition légale ne paralyse, dès qu'il y a représentation, c'est-à-dire dès que l'auteur de la faute a pour rôle d'exécuter l'obligation du débiteur (1). Au contraire, « l'article 1384 donnant une énumération limitative des personnes responsables délictuellement pour autrui, *l'application du principe général dégagé se trouve, par là même, restreinte, dans ce domaine, aux commettants seuls visés par l'article 1384* » (2). Mais cette conception, à laquelle la logique de leur thèse a conduit les partisans les plus récents de la notion de représentation, heurte tant l'esprit de la loi qu'ils ont eux-mêmes contredit les résultats de leur analyse. Ils admettent, en effet, avec l'unanimité de la doctrine, que, de droit commun, la victime, pour obtenir réparation du commettant, devrait démontrer sa faute personnelle (3). C'est la condamnation de la théorie, car une règle ne peut à la fois être dérogoire au droit commun et constituer l'application d'un principe général.

A un second point de vue, on relève encore une contradiction dans les conséquences que MM. H. et L. Mazeaud tirent de leur principe. De l'idée de confusion juridique, ils font découler la nécessité d'un lien de subordination entre le commettant et le préposé (4) ; la confusion des personnes n'existe qu'à cette condition, et c'est, par conséquent, la notion de représentation qui explique et exige la limitation de la responsabilité aux seuls commettants, en entendant par là ceux qui exercent une autorité. Or, c'est pourtant la même notion qui, pour eux, justifie la responsabilité du fait d'autrui en

(1) H. et L. MAZEAUD, I, nos 994 et 995. Observons que les critiques présentées ci-dessus contre l'extension illégitime de la notion de représentation ne portent pas nécessairement en matière contractuelle. L'auxiliaire est chargé, vis-à-vis du créancier qui obtient réparation, d'exécuter l'obligation du débiteur. Or, l'exécution d'une obligation, ou paiement, est un acte juridique : nul obstacle n'empêche donc de considérer cet auxiliaire comme un représentant.

(2) H. et L. MAZEAUD, I, n° 992 *in fine*, p. 691 ; *adde*, en ce sens, n° 999.

(3) H. et L. MAZEAUD, I, n° 922.

(4) H. et L. MAZEAUD, I, n° 936.

matière contractuelle sur une base plus large où l'élément de dépendance cesse d'être requis (1).

L'imperfection de l'idée de représentation comme fondement de l'article 1384 § 5 est donc plus manifeste encore que celle des théories de la présomption de faute et du risque. Celles-ci ne rendaient pas compte de certaines particularités de la règle légale, mais celle-là en méconnaît la base même en en masquant le caractère exceptionnel.

SECTION IV

La responsabilité-garantie.

Suivant une dernière opinion, la responsabilité du commettant repose sur une idée de garantie envers les tiers. Cette théorie ne mérite pas les mêmes critiques que les précédentes ; elle rend compte des solutions du droit positif et constitue l'explication la plus exacte qu'on en ait donnée. Mais elle n'aboutit qu'à une justification partielle.

En effet, les difficultés que soulève la recherche du fondement de l'article 1384 § 5 se dédoublent. Quel est, d'une part, le but de la loi ? Pourquoi, d'autre part, se propose-t-elle ce but ? Deux questions distinctes se posent donc : celle du but de la règle, celle de ses motifs ou de ses raisons justificatives. De ces deux questions, l'une de finalité, peut-on dire, l'autre de causalité, la première est seule résolue par l'idée de responsabilité garantie ; la seconde reste en dehors de la portée de cette analyse, mais elle ne peut recevoir, même sur un terrain différent, aucune réponse convaincante.

*
* * *

Deux des premiers commentateurs du Code civil avaient cherché à faire entrer la disposition de l'article 1384 § 5 dans

(1) H. et L. MAZEAUD, I, nos 994 s., en particulier n° 999.

le cadre d'une institution juridique nettement déterminée : le cautionnement (1). Toullier, en particulier, considérait cette disposition comme ayant créé un cas de cautionnement légal et forcé. La forme sous laquelle l'idée de garantie, exacte quant au fond, était ainsi présentée devait attirer à cette thèse de nombreuses objections ; aucune, cependant, n'était décisive.

Le civilement responsable, disait-on d'abord, devrait pouvoir opposer à la victime le bénéfice de discussion ; mais rien n'empêche, en réalité, de le considérer comme une caution solidaire. Le cautionnement ne se présume pas, observait-on d'autre part ; il n'est pourtant pas besoin de le présumer s'il est établi par la loi. Invoquant l'article 2013, on faisait remarquer enfin que la caution n'est engagée que dans des limites fixées à l'avance ; si tel est, en effet, le principe, aurait-on pu répondre, il n'est susceptible de s'appliquer qu'autant que l'engagement du débiteur est lui-même déterminé et il suffit, en tout cas, que l'obligation de la caution ne dépasse pas celle de ce débiteur principal.

Il n'est pas nécessaire d'insister sur une telle discussion (2). Les objections adressées à l'idée de cautionnement étaient, sans doute, comme nous venons de le voir, de faible valeur. Mais la controverse était, surtout, sans aucun objet. La question était, en effet, mal posée. Il ne s'agit pas de savoir si l'analyse est, du point de vue juridique, rigoureusement exacte et si toutes les règles édictées par le Code Civil au titre « Du cautionnement » sont applicables à la responsabilité du commettant (3). Le raisonnement, pour être probant, doit être, ici, moins étroitement technique.

(1) TOULLIER, XI, n° 382 ; DELVINCOURT, III, p. 227 et 457. Cpr. TARBOURIECH, *La responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*, n° 21.

(2) On en trouvera un exposé très complet, et formellement opposé à l'idée de cautionnement, chez FROMAGEOT, *De la faute comme source de responsabilité en droit privé*, p. 141 s.

(3) Par exemple, on ne saurait résoudre sur cette seule base la question de savoir si la faute du préposé est une condition nécessaire de la responsabi-

Le commettant est-il dans la situation générale d'une caution ? La loi a-t-elle pour résultat de donner à la victime des avantages analogues à ceux que possède un créancier envers qui s'est engagée, à côté du débiteur principal, une caution solidaire ? Mais ce n'est pas assez de dire : a-t-elle ce résultat ? Est-ce, surtout, le but qu'elle poursuit ?

« La responsabilité des maîtres, déclarait Treilhard au Corps Législatif, est une garantie et souvent la seule garantie de la réparation des dommages (1). » Nous nous garderons d'attacher trop d'importance à cette affirmation, car une phrase, au moins, des travaux préparatoires peut venir à l'appui de chaque théorie (2). Mais il reste que, du point de vue rationnel cette idée de garantie traduit seule exactement le but de la loi. Les préposés, comme d'ailleurs les enfants mineurs, les élèves et les apprentis, ont, en général, des ressources personnelles très réduites. S'il est utile que le commettant, le père, l'instituteur ou l'artisan répondent de leurs actes, ce n'est qu'en raison de leur état habituel d'insolvabilité, qui risquerait de laisser la victime sans réparation. La responsabilité du fait d'autrui n'est édictée que dans l'intérêt des tiers : l'existence du recours le prouve. C'est une responsabilité-caution, ou plutôt une *responsabilité-garantie* (3).

lité du commettant. Il ne suffit pas, pour soutenir l'affirmative, de dire que l'obligation de la caution ne peut exister en l'absence d'une obligation principale valable : ce serait un abus injustifié de la technique.

(1) TREILHARD, Présentation du Projet au Corps législatif, 9 pluviôse an XII : FENET, XIII, p. 467-468 ; LOCRÉ, XIII, p. 31.

(2) En ce sens : H. et L. MAZEAUD, I, n° 930. Cpr. les extraits donnés à l'appui des idées de mauvais choix, de défaut de surveillance, et de risque.

Si les travaux préparatoires doivent être utilisés avec prudence dans l'interprétation de la loi *stricto sensu*, c'est-à-dire dans la recherche du sens et de la portée de la formule législative (GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e édition, 1919, n° 104), il faut se garder d'avantage encore d'en exagérer l'importance dans la recherche du *fondement* : les conceptions personnelles risquent, sur ce point, de se développer avec plus de force, et, surtout, d'être moins contredites.

(3) BESSON, notes D. P. 1928.2.14, col. 1 et D. P. 1930.2.117, col. 1. Dans le même sens : conclusions de M. l'avocat général SOENENS, sous Gand, 28 février 1929, *Belgique judiciaire*, 1929, p. 547. Cpr. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 126.

Sans nier que cette analyse révèle le but pratique et le résultat de l'article 1384 § 5, certains auteurs l'ont cependant critiquée du point de vue théorique. Le désir d'assurer l'indemnisation de la victime ne peut être, selon M. Demogue, que l'une des « arrière-pensées » auxquelles a obéi le législateur : « c'est une idée de fait, écrit-il ; on ne peut dire que l'on s'arrange pour donner un débiteur solvable » (1).

L'objection ne saurait être accueillie. Mieux vaut, en effet, reconnaître le but poursuivi plutôt que de recourir à des explications *a posteriori* ne cadrant pas avec les solutions du droit positif ; et force est bien, pour cela, d'invoquer des idées de fait, car c'est dans la réalité que se trouvent la base et la justification de la règle de droit. Si une prescription de la loi s'explique parfois par une prescription voisine parce qu'elles sont logiquement liées ou que l'une et l'autre découlent d'une troisième, c'est nécessairement en dehors de toute construction juridique que se trouve le point de départ originaire (2). Au surplus, lorsqu'on affirme que le commettant répond de son préposé parce qu'il profite de son travail ou parce qu'il est à la tête d'un organisme, c'est une constatation de fait qu'on énonce également.

Une première conclusion se dégage donc de nos recherches. La responsabilité du commettant repose sur une idée de garantie envers les tiers, idée qui en explique très exactement les particularités. Elle postule, en effet, l'interdiction de la preuve libératoire, sans laquelle la loi n'atteindrait pas son but dans tous les cas ; elle postule également le droit de recours, sans lequel ce but serait, au contraire, toujours dépassé.

(1) DEMOGUE, V, n° 959.

(2) Si ce point de départ est dans la réalité, il faut préciser que cette réalité contient à la fois des faits matériels et des notions intellectuelles, au premier rang desquelles se place la loi morale ; c'est la distinction de M. GÉNY (*Science et technique en droit privé positif*, II, nos 166 s.) entre les différentes données du droit positif : réelles, historiques, rationnelles, idéales. Mais ce sont de toute façon, si l'on peut dire, des éléments *extra-juridiques*.



Le but de la loi étant déterminé, la question du fondement n'est pas, par là même, entièrement résolue. Elle soulève, en effet, une seconde difficulté : pourquoi une obligation légale de garantie a-t-elle été édictée à la charge du commettant ? Quelles en sont les raisons justificatives ?

Il ne saurait suffire, en effet, pour la justifier au regard de la logique et de la justice, de constater l'état habituel d'insolvabilité du préposé. Cette insolvabilité fait apercevoir l'intérêt pratique d'une responsabilité supplémentaire, mais elle ne fait naître, par elle-même, aucun principe d'obligation. Elle n'aurait normalement pour résultat que de laisser, en fait, peser sur la victime les conséquences du dommage. L'interprète doit donc chercher à déterminer les motifs pour lesquels il est dérogé ici à ce principe, pour lesquels cette charge est déplacée de la victime au commettant.

L'idée de garantie, de ce point de vue seulement, prête à la critique. Elle est exacte mais incomplète et l'on peut lui reprocher de constater la règle, en en révélant sans doute avec précision le mécanisme et l'utilité, mais sans en faire connaître les raisons (1). Ce sont, au contraire, ces raisons qu'on cherchait à dégager dans les théories de la présomption de faute et du risque et, à un moindre degré, dans celle de la représentation. Les objections décisives qu'encourent ces théories ont déjà fait pressentir l'extrême difficulté de parvenir, sur ce point, à une réponse convaincante.

La responsabilité du commettant pourrait n'être, en défini-

(1) Cpr. BAGAT, p. 50. Il est assez remarquable, à ce point de vue, que l'idée de garantie soit spécialement défendue aujourd'hui par M. BESSON, qui a analysé l'article 1384 § 1 comme édictant une obligation légale de réparer le dommage causé par la chose (*La notion de garde*, thèse Dijon, 1927), analyse à laquelle on a reproché de ne pas prendre parti sur le fondement de cette obligation légale (PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, p. 835, note 3).

tive, qu'une création de la loi (1). Il est parfois nécessaire de n'aboutir qu'à une telle constatation. Tout, dans les décisions du législateur, ne s'explique pas par des arguments de logique ou des considérations d'équité ; il est des cas où le *Sit pro ratione voluntas* peut être seul invoqué. Mais, sans adopter une conclusion aussi extrême, on doit, tout au moins, reconnaître que cette responsabilité ne se justifie que par des motifs assez divers, dont aucun n'est vraiment déterminant.

Il y a d'abord un intérêt social, reposant sur un besoin de sécurité, à ce que le maître soit responsable ; aussi est-ce « sur le terrain de l'ordre public » que se pose, avant tout, la question (2). L'ordre public, pour le législateur français tout au moins, demande que les victimes soient indemnisées : d'où l'interdiction de la preuve libératoire. Il exige, d'autre part, que l'auteur subisse personnellement les conséquences de sa faute : d'où le recours. Mais il résulte de cette idée, comme Saleilles l'a nettement marqué, que les raisons d'une sem-

(1) En ce sens : CORNU, *Des présomptions de faute en matière de responsabilité civile*, thèse Montpellier, 1929, p. 119. Cpr. le premier projet de Code civil qui oppose la responsabilité pour le fait personnel, basée sur l'équité, à la responsabilité du fait d'autrui, fondée simplement sur la loi (FENET, I, p. 65).

(2) SALEILLES, *Essai sur la théorie générale de l'obligation*..., nos 322 s., en particulier n° 324, p. 407-408 et n° 327, p. 415, note 2. Dans le même sens (responsabilité fondée sur des considérations d'intérêt social) : CHEVALIER, p. 4 ; DEMARNE, p. 196 s. ; VITRY, *La détermination du fait de l'homme, du fait de l'animal et du fait de la chose*, thèse Rennes, 1922, p. 44 s. Cpr. STOICESCU, p. 15 s. ; DEWISME, p. 135 ; CHARMONT, *Les transformations du droit*, p. 237.

L'idée de légitime confiance trompée semblerait devoir trouver ici un domaine d'application particulièrement favorable : « en acceptant l'ouvrier que le patron nous envoie, nous faisons confiance et à l'ouvrier et au patron » (E. LÉVY, *Responsabilité et contrat*, *Rev. crit.*, 1899, p. 379-380). Mais elle n'est en réalité valable que pour la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. D'autre part, si nous éprouvons cette confiance envers le patron, c'est précisément parce que nous le savons responsable, de sorte que la confiance est l'effet, non la cause, de sa responsabilité. Mais on peut dire que, socialement, il est nécessaire que cette confiance *puisse être légitimement éprouvée* (Les autres sont responsables envers nous dans la mesure où nous avons besoin d'avoir confiance en eux pour agir : E. LÉVY, *op. cit.*, p. 373). C'est alors revenir à la considération d'ordre public.

blable responsabilité, touchant à la conception qu'on se fait des exigences de l'ordre public en un temps donné et dans une nation déterminée, sont essentiellement contingentes (1). On comprend ainsi que, ces raisons ayant pu paraître moins fortes à l'Etranger et les conditions actuelles de recrutement et de surveillance de la main-d'œuvre rendant de plus en plus lourde aux chefs d'industrie la charge d'une responsabilité absolue, les législations plus récentes de l'Allemagne et de la Suisse se soient contentées d'édicter contre le commettant une présomption simple de faute (2).

L'obligation de garantie en laquelle s'analyse l'article 1384 § 5 se justifie encore par deux autres considérations. Le civilement responsable n'est, en principe, qu'un intermédiaire tenu à réparation envers la victime, mais pouvant exercer un recours contre l'auteur de la faute. Or, étant donnés les rapports qui les unissent, il est relativement facile pour lui d'obtenir du préposé le remboursement des dommages-intérêts qu'il a dû verser aux tiers ; pour ceux-ci, au contraire, l'exécution d'une condamnation directe serait, le plus souvent, impossible. Le détour qui passe par le commettant ne constitue donc parfois qu'un moyen d'atteindre plus sûrement le préposé ; de là résulte l'intérêt pratique qu'il présente (3).

Rationnellement enfin, on peut rattacher la responsabilité du fait d'autrui à une politique de prévention des dommages. Si, en effet, l'imprudence du choix et le défaut de surveillance ne sont pas démontrés avec certitude par la faute du préposé, il reste vrai, cependant, que les chances de dommage sont d'autant moins fortes que le commettant s'est mieux assuré des qualités de son auxiliaire et qu'il l'a dirigé avec

(1) SALEILLES, *op. et loc. cit.*

(2) Article 831 C. civ. allemand ; article 55 Code fédéral suisse des obligations.

(3) Cette observation perd toutefois de sa valeur, étant donnée l'extrême mobilité de la main-d'œuvre actuelle. Cependant, le très petit nombre d'espèces jurisprudentielles relevées sur la question du recours ne prouve pas qu'il soit aussi rarement exercé. Il est impossible de connaître le nombre de règlements amiables.

plus de soin. Contrairement à ce qu'on enseigne dans la théorie de la présomption de faute, la responsabilité existera donc, en certains cas, bien que le choix ait été diligent et la surveillance attentive ; mais ces précautions permettent de la rendre moins fréquente. En choisissant bien ses préposés et en les dirigeant avec vigilance, le commettant diminue l'étendue du risque qui pèse sur lui. De ce point de vue, l'article 1384 peut jouer un rôle préventif des plus importants (1). Telle semble, d'ailleurs, avoir été la conception de Pothier, qui n'invoquait pas, à proprement parler, la présomption de faute : « ceci a été établi *pour rendre les maîtres attentifs à ne se servir que de bons domestiques* » (2).

Si cette analyse est exacte, il faut convenir que la responsabilité du commettant ne correspond pas à une règle d'équité, comme on le soutenait dans la théorie de la faute et dans celle du risque (3). Grâce au recours, parce que, *dans ses rapports avec le préposé*, le commettant n'apparaît que comme garantissant la réparation sans en être personnellement tenu (4), elle ne heurte pas la justice, mais elle est établie, si l'on peut dire, « en marge » de cette notion. Si, par exemple, on classe, avec M. Teisseire, les différents cas de responsabilité sous les deux rubriques de *Justice* et d'*Utilité sociale*, c'est une erreur de faire entrer, comme lui, la responsabilité du fait d'autrui dans le premier groupe : *s'il était juste que le commettant fût responsable, il semblerait injuste qu'il pût se décharger des condamnations qu'il a encourues*.

On ne peut nier qu'une telle conclusion soit, à certains égards, décevante ; mais elle l'est moins qu'une analyse arbitraire et forcée. Sans doute, l'unité lui fait-elle défaut et les différentes

(1) Cpr. dans le même sens : CHEVALIER, p. 4 ; P. ESMEIN, *Rev. crit.*, 1924, p. 201.

(2) POTHIER, *Obligations*, n° 121.

(3) Voy. par exemple, dans la théorie de la faute, le rapport de Bertrand de Greuille au Tribunat, 16 pluviôse an XII : « la loi ne fait que ratifier ici ce que l'équité commande » (FENET, XIII, p. 476 ; LOCRÉ, XIII, p. 43). Dans la thèse du risque, voy. TEISSEIRE, p. 238 s.

(4) BESSON, note précitée, D. P. 1930.2.117. col. 1.

considérations invoquées ne justifient-elles pas de façon indiscutable la disposition de la loi. C'est que celle-ci, s'analysant en une obligation de garantie, est, comme l'écrit M. Ripert, purement technique (1), et qu'on ne justifie pas entièrement ce qui n'est que technique, c'est-à-dire artificiel. On peut toujours douter du point jusqu'auquel l'intérêt social exige que la réparation d'un dommage, même sous réserve d'un droit de recours, soit à la charge de celui qui n'a pas contribué à le causer par sa faute. Dès que cette idée de faute est absente d'une règle de responsabilité, l'esprit ne saurait être satisfait : elle seule aurait donné au système une base à la fois morale et logique, et l'intérêt des tiers aurait été suffisamment protégé par une présomption simple. Aussi est-il regrettable, du point de vue législatif, que le Code Civil n'ait pas adopté cette solution.

Au terme de cette partie préliminaire, il est nécessaire de mettre en lumière les enseignements qui s'en dégagent et de résumer les solutions qui doivent être considérées désormais comme définitivement acquises.

Deux règles primordiales dominent la responsabilité du commettant : l'interdiction de la preuve libératoire, le droit du civilement responsable d'exercer un recours contre le préposé. Ni l'une, ni l'autre de ces règles ne peut être écartée ; la première résulte, en effet, du texte même de l'article 1384 § 5, la seconde découle du principe de droit commun de l'article 1382.

Lorsqu'on recherche le fondement de cette responsabilité, l'explication dégagée ne peut donc être valable que si elle justifie les deux caractères essentiels que lui assignent ainsi les dispositions du droit positif. Or, dans la théorie de la présomption de faute, il est impossible de rendre compte de l'interdiction de la preuve libératoire ; dans les théories du risque et de la représentation, il est impossible, au contraire, de rendre compte du recours.

(1) RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 126.

Devant cet échec des théories courantes, une analyse plus précise conduit à une distinction entre le but de la loi d'une part, ses motifs d'autre part. Le but poursuivi est d'assurer, dans l'intérêt des tiers, la réparation des dommages causés par le préposé ; il s'exprime très exactement dans l'idée de garantie. Mais c'est à tort que celle-ci est présentée par certains auteurs comme une explication dernière ; elle ne suffit pas, en effet, à justifier rationnellement la charge qui pèse sur le commettant. De ce point de vue, le problème du fondement est, en réalité, insoluble. Les raisons pour lesquelles a été édictée l'obligation légale de garantie restent incertaines et fragiles ; tout au plus cette obligation peut-elle être conçue comme un moyen d'inciter le commettant à prévenir, dans la mesure du possible, les causes de dommages.

La responsabilité du fait d'autrui répond à un but de garantie ; elle est susceptible, accessoirement, de jouer un rôle préventif : tel est donc l'enseignement positif de cette étude préliminaire. C'est la conclusion la plus importante dont l'interprète devra tenir compte pour déterminer les éléments constitutifs des rapports de commettant à préposé.

Mais le caractère irréductiblement arbitraire de l'obligation du commettant au regard de la logique et de l'équité reste, d'autre part, à retenir. Certaines directives s'en dégageront, en effet, pour le choix de la méthode à suivre dans cette recherche d'un critère, comme pour les solutions que devront recevoir quelques questions particulières.

PREMIÈRE PARTIE

LES CONDITIONS D'EXISTENCE DES RAPPORTS DE COMMETTANT A PRÉPOSÉ

La détermination des conditions d'existence des rapports de commettant à préposé exige, avant tout, la recherche d'un critère. Mais il ne suffit pas d'effectuer un choix de principe entre ceux qui se sont fait jour en doctrine et en jurisprudence (I) ; il est encore nécessaire d'en préciser, par l'analyse, le contenu exact (II).

Pour dégager les conséquences essentielles de cette analyse, il conviendra de montrer ensuite que le lien de préposition présente un caractère autonome, c'est-à-dire qu'il est indépendant de la nature juridique des relations unissant le commettant au préposé (III).

L'examen des questions de preuve et l'étude du pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation permettront enfin de fixer les limites de la liberté que gardent les Tribunaux dans la mise en œuvre des principes d'abord établis (IV).

I

DÉTERMINATION D'UN CRITÈRE DES RAPPORTS DE COMMETTANT A PRÉPOSÉ

CHAPITRE UNIQUE

La détermination du critère des rapports de commettant à préposé a donné naissance à deux thèses opposées dont chacune est liée, d'après la majorité de la doctrine, à l'une des deux théories principales proposées comme fondement de la responsabilité du fait d'autrui : la théorie de la faute et la théorie du risque.

Les auteurs classiques, partant de l'idée que le commettant est responsable parce qu'il a mal choisi et mal surveillé son préposé, en déduisent que la qualité de commettant suppose deux conditions : *le choix* librement effectué, *le droit de donner des ordres* à celui dont on répond.

En face de cette opinion traditionnelle, les partisans les plus récents de l'idée de risque ont senti l'impossibilité, en passant du fondement au domaine d'application de la règle, de qualifier préposé toute personne dont l'activité profite à autrui : c'est, en effet, une constatation d'évidence que chacun travaille à la fois pour soi-même et pour les autres. Aussi ont-ils été amenés à ne considérer comme agissant *principalement* au profit d'autrui que ceux qui se trouvent, par rapport

au bénéficiaire de leurs services, dans un état de *dépendance économique et sociale*.

Ni l'idée de faute, ni l'idée de risque ne nous ont semblé donner une explication valable de l'article 1384 § 5. Mais un critère ne saurait être repoussé pour la seule raison que la théorie dont il est habituellement présenté comme la conséquence a été elle-même écartée. Une telle conclusion serait illégitime, aussi bien pour le choix et l'autorité que pour la dépendance économique et sociale ; ces critères peuvent valoir à d'autres points de vue et, détachés pour ainsi dire de leur source, trouver une justification différente.

D'une part, en effet, la question se pose *a priori* de savoir si la thèse de la responsabilité-garantie, que nous avons adoptée, ne conduit pas à admettre l'un d'entre eux. Telle est précisément, nous le verrons, l'opinion des défenseurs actuels de cette thèse : pour eux, l'idée de garantie postule nécessairement, comme critère des rapports de commettant à préposé, la notion de dépendance économique et sociale.

D'autre part, il n'est pas démontré que le fondement de la responsabilité du fait d'autrui soit réellement susceptible, comme on l'enseigne d'ordinaire, d'en déterminer le domaine.

Il convient donc de rechercher, dans une première section, s'il peut exister une correspondance exacte entre ces deux éléments : fondement de la responsabilité du commettant et critère du lien de préposition. Si cette question est résolue par la négative, aucun critère ne sera, *a priori*, exclu par le fondement antérieurement adopté. Aussi l'interprète jouira-t-il d'une liberté que la doctrine lui refuse habituellement ; faisant usage de cette liberté, il devra dégager les directives à suivre dans sa recherche.

Il deviendra alors nécessaire, dans les deux sections suivantes, d'examiner, selon les directives ainsi précisées, les notions de la dépendance économique et sociale d'un côté, du choix et de l'autorité de l'autre.

SECTION I

Les données du problème : le lien entre le fondement de l'article 1384 § 5 et le critère des rapports de commettant à préposé.

Que, d'une manière générale, le fondement d'une règle de droit doive, autant que possible, commander le critère qui en fixe les limites, — que la raison d'être de la loi doive, en d'autres termes, en circonscrire le domaine —, c'est un postulat qui peut être considéré, dès l'abord, comme établi. Mais il n'exprime qu'une tendance très générale de l'interprétation, un idéal qui n'est pas atteint dans tous les cas. Il n'est susceptible de l'être, en effet, qu'autant qu'il existe, entre le fondement et le critère, un lien logique tel que, le premier terme étant par hypothèse accepté, le second en découle nécessairement. Or, les caractères de la disposition légale, comme la nature des choses, rendent parfois impossible une déduction aussi rigoureuse.

Dans la question que nous étudions, le problème est le suivant. Si l'on fait abstraction du rôle préventif qu'elle peut jouer, en incitant le commettant à surveiller son préposé de façon attentive, — rôle préventif qui ne représente qu'une justification accessoire —, le fondement de la responsabilité s'exprime dans l'idée de garantie. Par suite, le critère adopté pour le lien de préposition doit permettre de trouver un répondant lorsque et seulement lorsque des raisons sérieuses paraissent exister de douter de la solvabilité personnelle de l'auteur du dommage. Le vœu de la loi serait ainsi toujours réalisé ; à l'inverse, on n'aboutirait jamais à reconnaître une responsabilité qui dépasse ce vœu.

S'il existait un critère qui répondit à ces conditions, on ne pourrait, sans doute, l'accepter sans autre examen. Il serait encore nécessaire de se demander s'il ne contredit, sur aucun point, la logique de l'interprétation et s'il présente une certitude

et une précision suffisantes. Mais sa concordance exacte avec le fondement constituerait, en sa faveur, un argument des plus puissants qui ne pourrait être combattu que par des objections très graves. Or, les partisans de l'idée de garantie ont cru trouver un tel élément de décision. La qualité de préposé est attachée, pour eux, à la dépendance économique et sociale qu'ils considèrent comme révélatrice de l'insolvabilité (1). Un exposé sommaire de cette thèse permettra de voir si, en définissant ainsi le lien de préposition, on serait réellement conduit aux résultats qu'on désire atteindre.

Une personne dépend économiquement d'une autre lorsque le sort de la première est lié à celui de la seconde ; le préposé, en particulier, dépend du commettant parce qu'il a besoin, pour vivre, du salaire que lui remet celui-ci. La dépendance économique semble donc s'entendre de la situation de celui qui, agissant habituellement pour autrui, ne peut vivre sans les ressources qu'il tire de son travail.

La notion de dépendance sociale devrait exprimer, avant tout, l'idée d'une infériorité de rang ; il ne peut s'agir cependant, entre le commettant et le préposé, d'une simple différence de classes sociales qui ne correspondrait à aucune réalité concrète. Aussi cette conception oblige-t-elle à revenir à la considération du rôle économique. Pour les auteurs qui l'adoptent, la dépendance sociale paraît être la conséquence d'une certaine infériorité dans l'activité économique ; elle s'entendrait de la situation de celui qui ne spéculé pas et ne réalise pas de profit (2).

Que cette théorie présente, peut-être, une imprécision qui en rendrait l'application difficile ; — que, d'autre part, il puisse être discutable de caractériser une situation juridique par la qualité des personnes en cause, ce sont des objections qui sont, pour l'instant, réservées et dont l'examen nécessitera une

(1) BESSON, note D. P. 1928.2.14, col. 2.

(2) Sur ces deux notions de dépendance économique et de dépendance sociale, voy. SAVATIER, note D. P. 1923.1.5 ; BESSON, note précitée, D. P. 1928.2.13.

analyse plus complète (1). La seule question qui se pose ici est de savoir si la dépendance économique et sociale constitue un critère correspondant exactement au fondement de l'article 1384 § 5. De telles notions, à les supposer théoriquement admissibles, pratiquement possibles à mettre en œuvre, permettent-elles d'appliquer la loi dans tous les cas, et seulement dans les cas, où cette application est utile ? En d'autres termes, si l'on part de la définition du lien de préposition qui vient d'être donnée, l'obligation de garantie jouera-t-elle toujours lorsqu'elle est nécessaire à l'indemnisation de la victime ; cessera-t-elle, à l'inverse, de jouer chaque fois que l'indemnisation peut être assurée sans cette responsabilité supplémentaire ?

Deux raisons, d'inégale valeur d'ailleurs, conduisent à résoudre négativement cette question.

A s'en tenir, d'abord, à un point de vue très général, l'insolvabilité n'est pas nécessairement liée à une certaine situation sociale (2) ; celle-ci ne saurait donc permettre de la présumer.

On pourrait répondre, il est vrai, que, si la présomption se révèle parfois inexacte au regard d'un individu donné, elle exprime une vraisemblance générale en tant qu'elle s'applique à des groupes sociaux et à des catégories économiques. Le fait que ceux qui agissent dans un certain état de dépendance économique sont le plus souvent insolvable pourrait, à la rigueur, suffire à leur faire reconnaître la qualité de préposés.

Mais il resterait alors une objection péremptoire. Non seulement, l'insolvabilité n'est qu'imparfaitement révélée par la dépendance économique et sociale, mais elle ne peut, même directement, constituer une base de décision, car elle est essentiellement relative. Elle s'entend, en effet, de l'excédent, dans un patrimoine, du passif sur l'actif et n'exprime, par suite, que le rapport existant, à un instant donné, entre ces deux éléments.

(1) *Infra*, section II, p. 75-90.

(2) H. et L. MAZEAUD, I, n° 935, note 5, p. 655.

Lorsqu'on considère que la dépendance sociale rend l'insolvabilité vraisemblable, on n'entend évidemment pas dire, par là, que celui qui se trouve dans cette situation est normalement incapable de faire face aux divers engagements qu'il a pu assumer. On estime seulement que, s'il cause, par sa faute, un dommage à autrui, il sera dans l'impossibilité de le réparer, d'acquitter, par ses seules ressources, cette dette imprévue. Son insolvabilité ne naît que postérieurement à sa faute et résulte directement de l'obligation d'en réparer les conséquences.

Or, il apparaît immédiatement que l'insolvabilité, ainsi conçue, ne peut, en aucune manière, être connue à l'avance. Les chances d'indemnisation de la victime ne dépendent pas seulement de la situation de l'auteur, mais aussi, et surtout, de l'importance du dommage, qui suffit à déséquilibrer le rapport entre l'actif et le passif et, dans les cas extrêmes, à rendre insolvables ceux qui, par leur rôle économique, s'annonçaient comme offrant, de ce point de vue, toute garantie. Le chef d'industrie, que la thèse de la dépendance économique considère comme le type même du commettant, peut être personnellement incapable de réparer les dommages les plus graves que son entreprise est susceptible de causer aux tiers ; la pratique de l'assurance de responsabilité lui permettra seule de supporter toutes les charges qui pèseront éventuellement sur lui. A l'inverse, la réparation d'un préjudice minime ne dépasse pas nécessairement les facultés de l'un de ses ouvriers.

L'insolvabilité, notion relative et contingente, ne peut donc être directement prévue. A plus forte raison, ne peut-elle être présumée d'après le rôle économique ou la situation sociale. Ces deux éléments seraient impuissants à la caractériser et, par suite, inadéquats, en fait, à remplir le rôle qu'on prétendait leur assigner. Ils n'aboutiraient nullement à la projection, sur le plan pratique, du but qu'a poursuivi le législateur en édictant une responsabilité à la charge du commettant. Un raisonnement superficiel faisait seul penser que l'application de tels critères permit d'atteindre exactement ce but.

Une conséquence essentielle résulte de l'analyse qui précède. Non seulement, l'inaptitude des notions de dépendance économique et de dépendance sociale à réaliser le vœu de la loi est mise en lumière, mais l'impossibilité d'une semblable réalisation est démontrée de façon générale. On se trouve en présence de l'une de ces dispositions dont il est impossible que le fondement commande et détermine le domaine. Le fondement ne peut se projeter, se traduire exactement dans le critère ; on se heurte, en réalité, à une impossibilité radicale de mettre techniquement en œuvre, dans ses limites exactes, le but poursuivi. Tantôt il sera dépassé, la garantie jouant alors qu'elle n'est pas utile ; tantôt il ne sera pas atteint, la garantie ne jouant pas malgré l'insolvabilité.

Il en est ainsi de façon inévitable, quel que soit le critère adopté : c'est, en effet, la disposition même de la loi qui la fait nécessairement rester en deçà ou aller au delà du résultat auquel elle tend, qui empêche le domaine d'application de se modeler sur le principe directeur. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que le commettant ne répondît des fautes du préposé qu'après discussion des biens de celui-ci, comme obligé de seconde ligne.

Sans doute, reste-t-il vrai que, si le législateur a édicté, à la charge des commettants, une obligation légale de garantie, c'est parce que les préposés sont, le plus souvent, incapables de réparer eux-mêmes les conséquences de leurs fautes. Mais il a statué pour le *plerumque fit*, en considération d'une situation habituelle à laquelle, en bien des cas, peut ne pas correspondre la réalité. Ceci est vrai vis à-vis des individus : qu'un préposé dispose des ressources qui lui permettent d'indemniser la victime, il n'en conserve pas moins sa qualité. Mais l'observation est aussi exacte en ce qui concerne les groupes économiques, les classes sociales : il peut exister certaines catégories de préposés qui ne soient pas suspects d'insolvabilité. Dès lors qu'on ne songe pas à faire de celle-ci un élément concret de décision, applicable à chaque espèce, on ne voit pas qu'elle puisse représenter *in abstracto* un critère valable.

*
* *

La conclusion à laquelle nous sommes actuellement parvenu contredit, sur deux points, l'opinion communément enseignée.

D'une part, le fondement de la responsabilité garantie n'oblige pas à admettre la notion de dépendance économique et sociale.

D'autre part, et d'un point de vue plus général, ce fondement ne peut directement déterminer le critère des rapports de commettant à préposé. Il n'existe pas, entre les deux questions, de lien nécessaire ; la solution de la seconde n'est pas une simple conséquence de celle qu'a reçue la première.

Cette conclusion est déjà des plus importantes ; elle montre, en effet, que l'interprète, lorsqu'il recherche une définition du lien de préposition, jouit d'une liberté qui lui est habituellement déniée. Mais elle est, jusqu'ici, négative. Le critère étant ainsi dissocié du fondement, il reste à fixer, de façon positive, les conditions auxquelles il doit répondre. Or, ces conditions se groupent autour de trois idées.

Le critère qui sera adopté devra, d'abord, satisfaire à la logique de l'interprétation. Par suite, il ne devra pas obliger à des recherches qui paraîtraient inconciliables avec l'esprit général de notre droit ; il devra, surtout, s'harmonisant avec les autres dispositions de l'article 1384, définir la situation du préposé par les mêmes éléments généraux qui caractérisent celle du domestique, dont les fautes font naître, à la charge du maître, la même responsabilité.

Du point de vue pratique, il devra présenter des qualités techniques de précision qui permettent à celui qui a recours aux services d'autrui de savoir, en toute certitude, s'il acquiert la qualité de commettant.

Enfin, si le critère ne peut, comme nous venons de le voir, être obligatoirement déterminé par le fondement, du moins ces deux éléments ne doivent-ils pas être contradictoires entre

eux. La responsabilité ne peut, à la fois, s'étendre à tous les cas et être limitée aux seuls cas où elle est nécessaire à l'indemnisation de la victime ; mais elle devra, au minimum, être mise en jeu dans la majorité des circonstances où son utilité apparaît normale et vraisemblable. Ainsi, la définition des rapports de commettant à préposé se conciliera, dans la mesure du possible, avec le but de garantie. Elle devra, d'autre part, permettre, accessoirement, à l'article 1384 § 5 de jouer le rôle préventif qui lui a été reconnu et qui constitue, dans l'ordre rationnel, la justification la plus sûre de cette disposition.

C'est d'après l'ensemble de ces directives que doivent être examinés les différents critères proposés par la doctrine. Il conviendra d'ailleurs, en même temps qu'on appréciera leur valeur, de noter l'influence exercée par chacun d'eux sur la jurisprudence.

SECTION II

La dépendance économique et sociale.

L'absence d'un lien nécessaire entre l'idée de garantie et la notion de dépendance économique et sociale permet de ne pas considérer celle-ci comme constitutive de la qualité de préposé. Mais telle est la seule conclusion qui se dégage de l'analyse à laquelle a été consacrée la première section de ce chapitre. Rien n'oblige, jusqu'ici, à adopter ce critère ; mais rien n'oblige, à l'inverse, à le rejeter. La question se pose, en effet, de savoir s'il est justifié au regard des directives qui viennent d'être dégagées.

Un exposé plus complet de la thèse de la dépendance économique est nécessaire pour résoudre cette question. L'aspect sommaire et tranché sous lequel elle a été présentée suffisait en effet, pour montrer, de façon générale, qu'il est impossible de trouver un critère révélant exactement l'insolvabilité ; mais il ne permettrait pas d'apprécier la valeur théorique et

surtout la précision technique des notions qui ont servi de base à la doctrine récente.

Sous sa forme première, la théorie de la dépendance économique est due à M. Cuche, qui l'a proposée, d'un point de vue très général, pour déterminer les éléments constitutifs du contrat de travail ou louage de services. Selon l'opinion la plus répandue, ce contrat se caractérise, et se différencie, en particulier, du contrat d'entreprise, par la dépendance juridique où se trouve placé celui qui exécute le travail, dépendance résultant du droit de direction et de contrôle qui appartient à l'employeur. C'est à ce critère classique que M. Cuche entendait substituer celui de la dépendance économique (1).

De même, c'est encore le problème de la distinction du contrat de travail et du contrat d'entreprise que M. Savatier cherche à résoudre par le critère plus développé de la dépendance économique et sociale. La responsabilité du commettant ne représente, pour lui, que l'un des intérêts pratiques de la question, au milieu de bien d'autres, dont les plus remarquables sont relatifs à l'application des lois sociales (2).

« L'entrepreneur est celui qui traite d'égal à égal avec le donneur d'ouvrage, en homme capable de travailler et de vivre sans lui ; l'ouvrier appuie au contraire sur son maître son travail et son existence ; il se confie pour cela à son maître, s'en remet à lui, tandis que l'entrepreneur ne compte que sur lui-même ; ... c'est au maître que l'ouvrier a enchaîné sa force de travail, il demeure dans une plus ou moins large mesure aux risques de son patron, vit des affaires de ce patron, dans son ombre et dans son orbite. » Ces citations étaient nécessaires pour apercevoir le point de départ exact de cette théorie ; elle repose, en effet, sur des considérations d'ordre économique à la fois assez imprécises et d'une exactitude très discutable.

(1) CUCHE, *Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail*, *Rev. crit.*, 1913, p. 412-427. Adde : *La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique*, D. H. 1932, *Chronique*, p. 101-104.

(2) SAVATIER, note D. P. 1923.1.5 ; adde, note D. P. 1924.2.73.

Encore qu'elles se mêlent étroitement, l'analyse requiert la dissociation des deux idées de dépendance *économique* et de dépendance *sociale*.

* * *

La conception la plus naturelle et la plus simple de la dépendance économique est, on l'a vu (1), la suivante : une personne dépend économiquement d'une autre lorsque le sort matériel de la première est lié à celui de la seconde. Affirmer que l'employeur fournit à l'ouvrier le travail nécessaire à son existence et que l'ouvrier se confie à lui dans ce but (2), c'est incontestablement se placer sur ce terrain. Mais, en ce sens, la dépendance économique ne peut, en réalité, servir de guide, car elle est, à la fois, générale et réciproque.

Nul n'est économiquement indépendant (3) ; en particulier, on ne peut admettre, comme l'enseigne M. Savatier, que l'entrepreneur soit capable de vivre sans le donneur d'ouvrage. Tout producteur dépend nécessairement du consommateur ; il dépend également, d'ailleurs, des intermédiaires qui contribuent à la circulation de la valeur créée par lui. Si donc on se fondait sur un tel principe, observe par exemple M. Esmein, « on pourrait considérer le cultivateur comme le préposé du bouvier et du meunier auxquels il vend son bétail et son blé » (4). Rien n'est plus exact, car sa situation dépend évidemment des conditions qu'il obtiendra d'eux.

Mais cette constatation ne suffirait pas encore à rendre compte de la complexité des phénomènes économiques. A son tour, la situation des consommateurs ou des intermédiaires dépend des prétentions que formule le producteur et qu'il est en mesure de leur imposer. Conservons le même exemple : selon les cas, suivant la puissance économique des uns ou des

(1) *Supra*, section I, p. 70.

(2) SAVATIER, note précitée, D. P. 1923.1.5.

(3) Cpr. H. et L. MAZEAUD, I, n° 884.

(4) P. ESMEIN, *Examen doctrinal*, Rev. crit., 1924, p. 197.

autres, la situation pourrait être renversée, le bouvier et le meunier devenant les préposés du cultivateur.

La dépendance n'est donc pas seulement générale, mais elle est aussi réciproque ; plus exactement, elle n'est qu'une interdépendance. Ainsi conçue, elle ne comporte aucune limite et l'on devra nécessairement en reconnaître l'existence entre personnes qui ne sont pas entrées en rapports juridiques ou en relations commerciales. Un lien indiscutable unit les intérêts qui pouvaient sembler, au premier abord, les plus éloignés ; ce qui frappe l'un peut éventuellement exercer une répercussion sur le sort de l'autre. Au dernier terme de l'analyse, l'idée de dépendance économique n'exprime plus que la loi de solidarité, entendue comme une loi physique de réactions mutuelles (1).

Une objection pourrait, cependant, se présenter à l'esprit, qui nierait le bien-fondé de cette conclusion. S'il est vrai, dirait-on, que la dépendance se rencontre partout dans le domaine de l'activité économique, elle ne présente pas toujours les mêmes caractères. Dans les exemples, qui ont été donnés, de relations entre producteurs et consommateurs ou entre producteurs et intermédiaires, la solidarité d'intérêts n'est que partielle, la dépendance n'est que *relative*. Qu'un producteur se voit privé de l'un des débouchés qui s'offrent habituellement à lui, sa situation se trouve, sans doute, diminuée, mais elle n'est pas irrémédiablement atteinte ; elle ne dépendait pas, en effet, d'une personne déterminée. Toute autre est la situation de l'ouvrier. Celui-ci dépend de son patron, et uniquement de son patron, et il en dépend de façon *absolue*. C'est de cette dépendance absolue qu'il faudrait tenir compte ; elle seule représenterait le critère cherché (2).

(1) Cpr. H. et L. MAZEAUD, I, n° 884.

(2) Telle semble être la conception de M. CUCHE, selon qui l'idée de dépendance économique conduit à exiger, comme caractéristique du contrat de travail, une certaine continuité de rapports entre le maître et l'ouvrier. L'existence de ce contrat supposerait ainsi la réunion de deux conditions : que le travail constitue, pour celui qui le fournit, son unique ou principal moyen d'existence, — que l'employeur absorbe régulièrement et intégra-

L'examen des réalités économiques ne permet pas d'accueillir une telle conception. Si la dépendance de l'ouvrier est indéniable, c'est à tort qu'on la considérerait comme absolue. Son existence ne dépend pas uniquement de celui pour le compte de qui il travaille à un instant donné, car il peut, normalement, entrer dans une autre entreprise. *Elle dépend seulement de l'ensemble des employeurs*, en ce sens que, si aucun d'eux ne consent à le prendre à son service, il ne peut subsister par ses propres moyens, faute, soit d'une compétence assez étendue, soit des ressources nécessaires à celui qui veut travailler directement pour le public. D'autre part, en raisonnant sur cette base, on retrouve, dans les rapports entre le patron et l'ouvrier, le caractère réciproque de la dépendance. Les employeurs dépendent aussi des ouvriers, *également pris dans leur ensemble*. A leur tour, ils ne peuvent vivre sans eux : que tous les ouvriers refusent de se mettre à leur service, et leur activité personnelle est entièrement paralysée. D'un point de vue concret, serrant de près la réalité, on dira que la grève est, pour les uns, aussi à craindre que le chômage pour les autres.

En résumé, si, par dépendance, on entend une simple solidarité d'intérêts, *elle existe toujours et de façon réciproque*. Un jugement récent note, à juste titre, que « le critérium apparaît dès lors comme n'ayant aucune consistance et s'évanouit à l'analyse » (1). Si on entend par là l'impossibilité absolue, où se trouvent certains travailleurs, de se passer des ressources

lement l'activité de l'employé, lui fournissant un débouché permanent (*Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail, Rev. crit.*, 1913, p. 423).

C'est là une conception très discutable. Outre que, même en ce cas, la dépendance n'est pas absolue, l'exigence d'un emploi permanent aboutirait à exclure du domaine du contrat de travail l'industrie de tous les travailleurs à la journée, au service, tantôt d'un patron, tantôt de l'autre (femmes de ménage, lingères à domicile, etc. : voy. sur ce point, CUCHE, *op. cit.*, p. 425). Ce n'est assurément pas le moyen d'établir la concordance cherchée entre les classifications juridiques et les classifications économiques.

(1) Tr. civ. Belley, 24 oct. 1931, D. P. 1931.2.113 (2^e espèce), note Pic (rendu en matière d'assurances sociales).

qu'ils tirent de leur activité, *elle n'existe jamais vis-à-vis d'un individu donné, mais seulement vis-à-vis d'un ensemble* : ensemble des producteurs, ensemble des consommateurs, ensemble des salariés. De toute manière, elle n'est pas spéciale à ceux qui engagent leurs services par un contrat de travail ou agissent à titre de préposés et ne peut, par suite, représenter le critère de ce contrat ou de cette qualité.

Aussi conçoit-on que certains auteurs aient considéré la seule idée de dépendance économique comme insuffisante. Encore que M. Savatier parle de dépendance « économique ou sociale », c'est à la seconde qu'il s'attache en réalité de préférence (1). Il convient d'apprécier la valeur de cette nouvelle notion, qui ne déplace d'ailleurs que légèrement les bases de la théorie.

* * *

Du point de vue rationnel, il n'est pas légitime de s'attacher à la condition sociale de la personne pour savoir si elle possède la qualité de préposé et, plus généralement, si le contrat en vertu duquel elle fournit ses services est un contrat de travail. D'autre part, si l'on se fondait sur cet élément, on serait conduit à un critère d'une extrême imprécision.

La répartition des individus « en travailleurs dépendants, au-dessus desquels se placent les travailleurs indépendants, comprenant à la fois les entrepreneurs et les membres des professions libérales », évoque une idée inadmissible de classes nettement différenciées, impénétrables l'une à l'autre et dont l'empreinte s'attache, pour ainsi dire, à la personne (2). La nature et les effets d'un contrat, ne sauraient dépendre de la condition sociale de ceux qui le passent (3). Il en est de même des caractères de toute situation juridique. Pour ce qui est

(1) Sur le glissement d'une notion à l'autre, cpr. la note D. P. 1924.2.73 (en particulier p. 73, col. 2) à la note D. P. 1923.1.5.

(2) COSTES, note S. 1928.1.65 (en particulier, p. 67, col. 2).

(3) COSTES, *loc. cit.*, COLIN, *Détermination du mandat salarié*, thèse Paris, 1931, n° 52, p. 91. Cpr. PLANIOL et RIPERT, II, nos 1827 et 1832.

spécialement de la qualité de préposé, elle n'est pas, elle ne doit pas être attachée à la personne. Un préposé suppose un commettant ; les deux qualités sont corrélatives ; on ne peut, en considérant seulement l'auteur du dommage, poser, comme une sorte d'axiome, qu'il est préposé, pour ne déterminer qu'ensuite celui qui doit garantir les conséquences de ses fautes. Le seul fait pour un particulier de contracter avec quelqu'un qui est *habituellement* préposé ne saurait faire de lui un commettant ; il ne doit pas souffrir, par exemple, du fait qu'il s'est adressé à un ouvrier agissant en dehors de ses occupations normales plutôt qu'à tout autre, du moment où les rapports réels qui se sont établis entre eux n'en ont pas été influencés. L'intérêt des tiers n'exige pas qu'il soit responsable. Un préposé peut, en effet, agir à titre tout à fait personnel et, malgré l'extension donnée par la jurisprudence à la notion d'exercice des fonctions, les cas restent fréquents où la victime ne profite d'aucune garantie particulière ; elle n'a pas une sorte de droit acquis, si l'on nous permet cette expression, à voir jouer l'article 1384 § 5 sous le prétexte que le dommage lui a été causé par un préposé. Il doit en être de même lorsque, tout en agissant pour autrui, ce préposé a exceptionnellement conservé son indépendance.

C'est donc en son principe même que la thèse de la dépendance sociale doit être écartée. On pourrait, par suite, ne pas en pousser plus loin la critique ; mais il est préférable que le débat soit complet. Négligerait-on cette première objection qu'il faudrait se demander comment se détermine ou se révèle la situation sociale d'ouvrier ou de préposé ; or cette mise en œuvre du principe soulève des difficultés insurmontables.

La classification la plus simple serait fondée sur les conditions dans lesquelles l'auteur de la faute exerce habituellement son activité, ces conditions étant appréciées elles-mêmes selon les idées classiques d'autorité et de subordination. Un ouvrier effectue, en dehors de son service permanent chez son patron, quelques travaux pour des particuliers ; il faut, dirait-on alors,

le considérer comme préposé, faire répondre de ses fautes celui pour le compte de qui il travaille à l'instant où il les commet : *la subordination juridique où il est habituellement placé le classerait socialement parmi les travailleurs dépendants*. En d'autres termes, le *procédé* de classement serait le même que dans les idées classiques, mais ce classement serait *définitif*, opéré une fois pour toutes, sans qu'on se préoccupe de la liberté plus ou moins grande qui appartient au travailleur à un instant donné (1).

Ce système présenterait certains avantages de fermeté ; il rendrait inutiles les recherches de fait particulières à chaque espèce, supprimerait les divergences de solutions dans des circonstances qui paraissent au premier abord semblables, tous inconvénients qu'on a relevés et qui constituent une branche importante des critiques ordinairement adressées à la notion d'autorité. Sur un terrain purement pratique, il serait donc satisfaisant ; mais il ne correspond pas aux idées de M. Savatier. Celui-ci ne désire pas seulement restreindre le nombre des cas où l'on doit examiner si la dépendance juridique existe, mais supprimer complètement cette recherche : la dépendance juridique n'est pas pour lui le signe de la situation sociale, elle ne semble en pouvoir être que l'effet. Privés de cet appui, les partisans du critère nouveau ne trouveront pas de position ferme.

La dépendance sociale ne peut cependant pas être considérée comme une notion simple et irréductible ; on ne saurait y voir une simple différence de rang dans l'échelle plus ou moins conventionnelle d'une hiérarchie sociale. Que l'entrepreneur traite d'égal à égal avec son client, tandis que l'ouvrier vit dans l'ombre et dans l'orbite de son patron, ce ne sont nécessairement qu'expressions imagées d'idées plus précises.

« Par définition, l'entrepreneur est celui qui prend entière-

(1) Cpr. COLIN, *Détermination du mandat salarié*, thèse Paris, 1931, n° 52, qui considère la dépendance sociale comme une résultante de la dépendance économique et de la dépendance juridique.

ment son travail à ses risques » (1). Il semble, d'autre part, que la théorie de la dépendance sociale conduise à ne reconnaître cette qualité d'entrepreneur qu'à celui qui est à la tête « d'un organisme créant des profits et des possibilités de dommages » (2), organisme auquel s'intègre l'activité de ses auxiliaires. Ainsi, la qualité sociale d'un individu est traduite par son rôle économique ; les deux points de vue se mêlent à nouveau, mais en un sens différent. Il n'est plus question, en effet, de définir la dépendance économique du préposé, ce qu'on faisait en notant le besoin où il est de toucher un salaire et de profiter du débouché qu'offre son maître à son activité (3) ; on ne relève ici, comme caractéristique de sa situation, que le fait qu'il ne spéculé pas. Le préposé se définit, par son opposition avec l'entrepreneur, comme celui qui ne travaille pas à ses risques, ne dirige pas d'organisme et ne réalise pas de profit. C'est par là d'ailleurs que les partisans du risque comme justification de la responsabilité du commettant croyaient assurer l'unité entre le fondement et le cercle d'application de la règle (4).

L'inconsistance d'un tel critère nous apparaîtra sans peine.

S'il est vrai, en premier lieu, que l'entrepreneur court les risques de l'affaire tandis que l'ouvrier est assuré, quel qu'en soit le rendement, de toucher son salaire, il ne s'agit là, rappelons-le, que du risque commercial d'une exploitation déficitaire. Tout autre est celui d'assumer la réparation des dommages causés aux tiers. L'équivoque est indéniable ; ce ne sont pas seulement deux aspects différents d'une même idée, mais deux idées étrangères l'une à l'autre (5). Sans doute l'objection n'a-t-elle pas la force qu'elle avait lorsqu'on cherchait à justi-

(1) SAVATIER, note D. P. 1923.1.6, col. 2.

(2) DALLANT, p. 88.

(3) *Supra*, même section, p. 77 s.

(4) Voy. en particulier les efforts de M. DALLANT pour tenter de démontrer cette unité (*passim*).

(5) Voy. P. ESMEIN, *Rev. crit.*, 1924, p. 196, qui présente la même objection sous une forme plus atténuée.

fier l'article 1384. En équité, le profit ne suffit pas à légitimer l'attribution d'un risque sans lien avec celui dont il est la contrepartie nécessaire (1). Du point de vue de l'application, au contraire, on concevrait *a priori* que ces deux risques logiquement indépendants fussent, de façon arbitraire, réunis sur la même tête. Du fait qu'un individu court les risques d'une entreprise, on peut chercher à faire le *signe* qu'il doit répondre des dangers qu'elle fait courir aux tiers.

Mais l'incertitude et l'imprécision n'en demeurent pas moins. Dire, en effet, que le commettant est celui qui court un *risque* et réalise un *profit*, que le commettant et le préposé doivent appartenir à un même *organisme*, dont le premier est le chef, c'est se placer à trois points de vue qui ne coïncident pas. Là est la source, insuffisamment aperçue, de toutes les difficultés.

Tout d'abord, celui qui fournit à un industriel la main-d'œuvre dont il a besoin, moyennant une somme forfaitaire et en faisant son affaire personnelle du salaire individuel à payer à chaque ouvrier, peut, selon les cas, réaliser un profit ou subir une perte ; un risque est donc à sa charge. Ne dirigeant pas le travail de ceux qu'il recrute, il n'est cependant pas à la tête d'une entreprise autonome, mais appartient lui-même à l'organisme principal auquel les salariés qu'il a choisis vont venir s'attacher (2). Quelle sera sa situation ? On aperçoit l'impossibilité de la fixer sur les bases proposées par les partisans de l'idée de dépendance sociale.

Plus nettement encore, l'ouvrier à la tâche s'intègre à un organisme ; au sens courant du mot, il possède socialement la qualité d'ouvrier ; mais il court néanmoins un risque (3). Sans doute, M. C. Perreau nie cette dernière affirmation et propose une distinction très fine (4). L'ouvrier à la tâche, dit-

(1) *Supra*, Partie préliminaire, chapitre II, section II, p. 43-44.

(2) Cpr. ESMEIN, *loc. cit.*

(3) PLANIOL et RIPERT, II, n° 1899, p. 696, note 1 ; Cpr. P. ESMEIN, *loc. cit.*

(4) C. PERREAU, cité par MARTINI, *La notion du contrat de travail*, thèse Paris, 1912, p. 138.

il, ne court que le risque de la productivité de son travail ; il ne court pas le risque de la production, c'est-à-dire le risque commercial, celui qui porte sur la différence entre le prix de revient et le prix de vente et résulte du calcul de l'un et l'autre éléments. Or, c'est seulement ce risque de la production qui caractérise la situation de l'entrepreneur.

Du point de vue économique, cette analyse présente un intérêt certain. Mais, si l'on s'en inspire ici dans le choix d'un critère, il faut voir nettement les conséquences auxquelles elle conduit. Le risque découlant de l'incertitude du prix de revient et du prix de vente, qui serait seul à prendre en considération, n'existe à coup sûr que lorsque l'entrepreneur fournit la matière sur laquelle il fait travailler autrui. En effet, le bénéfice réalisé dépend alors des conditions économiques générales, des variations de cours de la matière première et du produit fabriqué. Le risque couru par celui qui fait travailler ses ouvriers sur une matière appartenant au client est, au contraire, beaucoup plus limité : il ne peut porter que sur le coût de la main-d'œuvre, en entendant, par là, la somme globale qui sera dépensée à ce titre. Cette somme dépend de deux éléments : le taux des salaires, qui peut varier pendant l'exécution de l'ouvrage, le temps nécessaire à l'accomplissement du travail qu'il est, le plus souvent, impossible de déterminer exactement à l'avance. Le deuxième élément peut être négligé car le risque correspondant n'est que celui de la productivité du travail d'autrui. A l'inverse, les variations du taux des salaires sont susceptibles de donner naissance à un véritable risque de la production. Mais l'existence d'un tel risque, si elle est parfois certaine, ne peut être uniformément reconnue dans tous les cas. Ici plus que partout, une affirmation unique déformerait la réalité : deux hypothèses différentes doivent être distinguées.

Lorsque l'entrepreneur et son client ont convenu d'un prix forfaitaire, celui-ci est obligatoirement appliqué quel que soit le changement des conditions économiques. Or, si une augmentation se produit dans le taux moyen des salaires, chaque

entreprise particulière en subit, presque nécessairement, les répercussions ; le bénéfice se trouve diminué ou supprimé, c'est bien là le risque de la production (1).

Si, au contraire, il n'a pas été fixé de forfait, celui qui s'est chargé du travail ne court, le plus souvent, aucun risque. En effet, le prix, d'après un accord au moins implicite, est alors proportionnel au temps. Mais, en pratique, dans la majorité des cas, la somme afférente à chaque unité de temps n'est pas impérativement déterminée par la convention ; elle est liée, avec une augmentation d'un certain pourcentage à celle qui est remise à l'ouvrier. Dans ces conditions, le prix total varie dans la mesure où les salaires ont eux-mêmes varié ; le bénéfice ne présente donc aucun caractère aléatoire.

C'en est assez pour montrer que celui qui ne fournit pas de matière première et se borne à organiser le travail d'autrui peut difficilement, en certains cas tout au moins, être considéré comme entrepreneur si on se place au point de vue du risque. C'en est assez surtout pour prouver, comme nous l'avions annoncé, que courir un risque, réaliser un profit, diriger un organisme ne représentent pas trois caractéristiques nécessairement liées. Par exemple, dans le dernier type de contrat signalé, le patron ne sera pas commettant si on s'attache au risque. Mais il réalise un bénéfice sur le travail des ouvriers, et c'est peut-être en cette spéculation sur le travail d'autrui que consiste le profit, notion dont la définition exacte reste, nous le savons, économiquement incertaine : d'où une première source d'hésitation. Si l'on se fonde, enfin, sur le fait qu'il est à la tête d'un organisme, il doit répondre des activités qui s'y sont groupées : solution contredisant formellement celle que semblait commander l'idée de risque. L'impossibilité de résoudre les difficultés les plus courantes

(1) On notera toutefois que, le plus souvent, ce risque sera purement théorique. En effet, lorsqu'il n'y a pas fourniture de matière première, les travaux sont, en général, d'une importance minime et sont rapidement exécutés. Il y a donc très peu de chances pour que de grosses variations se produisent dans le taux des salaires.

par l'une de ces trois notions, ou par celle de dépendance sociale qui en constitue la synthèse, apparaît radicale.

Les expressions empruntées au langage de l'économie politique ne sauraient donc permettre de déterminer avec exactitude le domaine des rapports de commettant à préposé. Le caractère flottant des lignes de démarcation qu'elles tracent, s'il est particulièrement sensible sur ce point, se retrouve d'ailleurs chaque fois qu'il est nécessaire de délimiter des catégories juridiques. Dans des remarques de portée générale, M. Gény a très exactement souligné les raisons qui empêchent de telles expressions d'entrer utilement dans la langue du droit : « Elles résistent, plus que toutes autres, à la précision rigide postulée par l'ordre juridique » (1). Ce n'est certes pas nier le rôle que la science économique peut et doit jouer dans *l'élaboration* de la règle de droit ; elle représente un élément important du *donné* de l'ordre juridique. Mais, dans *l'application* des principes, les critères qui s'inspirent trop étroitement des notions économiques ne donnent pas satisfaction aux besoins essentiels de certitude et de sécurité (2). C'est, en particulier, un problème insoluble de rechercher qui est rémunéré par un profit, qui touche un salaire et dans quels genres d'activité on prend entièrement son travail à ses risques.

En définitive, rien ne permet de déterminer la situation sociale d'un individu, sauf la double considération de son degré d'indépendance juridique et de l'importance des ressources que lui procure son travail. De ce point de vue, c'est le second élément qui est essentiel ; à très juste titre, il est retenu par les lois sociales, dont il serait, à la rigueur, normal qu'il constituât la seule base d'application. Mais, dès

(1) GÉNY, *Science et technique en Droit privé positif*, III, n° 258, p. 469. Au nombre de ces expressions, M. GÉNY cite en particulier celle de profit, n° 259, p. 475.

(2) Voy. PLASSARD, *La notion de salarié au sens de la loi des assurances sociales*, *Rev. crit.*, 1932, p. 353 : « Les buts d'une loi peuvent être d'ordres divers... Sa méthode d'interprétation ne peut être que juridique ».

qu'il fait défaut, il faut renoncer à ce mode de classification : rationnellement critiquable, il est, en outre, techniquement impossible à mettre en œuvre (1).

C'est donc à juste titre que la jurisprudence n'est pas entrée dans la voie que lui traçait une partie de la doctrine moderne. Les arrêts où l'on avait cru apercevoir une orientation nouvelle n'adoptent nullement la notion de dépendance économique et sociale et se rattachent sans peine à l'idée classique d'autorité (2).

Un certain nombre de décisions plus anciennes notent, il est vrai, dans leurs motifs, la situation sociale du travailleur et semblent rechercher s'il avait ou non l'habitude d'être à ses risques (3). Mais elles relèvent toujours d'autres éléments et constatent, le plus souvent, en termes exprès, les véritables conditions d'exécution du travail. Dès lors, de deux choses l'une : ou ces motifs ne sont que surabondants, — ou ils se rattachent à la preuve dont ils réalisent un déplacement. Si, en effet, le lien de préposition suppose, d'après l'ensemble des arrêts, un rapport d'autorité et de subordination, ce rapport existe, le plus fréquemment, entre personnes de situation

(1) Cpr. PLASSARD, *La notion de salarié au sens de la loi des assurances sociales*, *Rev. crit.*, 1932, p. 353-354-355.

(2) Poitiers, 5 déc. 1923, D. P. 1924.2.73, note Savatier (rendu en matière d'accidents du travail) : *droit de contrôle* et d'arrêter l'abatage des arbres. *Crim. rej.*, 13 janv. 1922. D. P. 1923.1.5, note Savatier, *Rev. crit.*, 1924, p. 193 avec les observations de M. P. Esmein : l'arrêt constate simplement que le contrat est un louage de services, malgré le travail par équipe et le paiement à forfait.

En ce sens, quant à l'interprétation des arrêts précités : FALCIMAIGNE, note D. P. 1927.1.141 ; COSTES, note S. 1928.1.65 ; COLIN, *Détermination du mandat salarié*, thèse Paris, 1931, n° 52.

(3) Toulouse, 3 mars 1883, S. 1884.2.161 ; Paris, 12 juin 1893, S. 1897.2.14 (1^{re} espèce) ; Pau, 1^{er} juin 1896, S. 1897.2.308 ; Paris, 11 avr. 1900, *La Loi*, 26 avr. 1900 ; Pau, 19 févr. 1901, S. 1901.2.161 ; Tr. civ. Seine, 14 mai 1901, *Gaz. Pal.*, 1901.2.82. Cpr. Tr. civ. Seine, 12 janv. 1888, *Gaz. Pal.*, 1888.1.228, qui voit, dans le peu de surface du travailleur, la source d'une obligation plus particulière de surveillance ; Req., 23 févr. 1927, S. 1928.1.95 (rendu en matière d'accidents du travail).

sociale ou de puissance économique différentes. Aussi, à défaut d'une preuve formelle du droit de direction, — dans le silence, par exemple, de la convention intervenue —, la différence de situation sociale entre les contractants rend-elle ce droit vraisemblable et peut-elle, par suite, en constituer parfois une preuve indirecte. Mais elle n'est pas alors considérée comme l'élément constitutif du lien de préposition ; elle n'en est qu'un élément de preuve et c'est une différence primordiale. Comme telle, en effet, elle ne joue, au maximum, qu'un rôle subsidiaire et le juge n'est même jamais obligé d'en tenir compte. C'est un point que nous serons conduit à examiner plus complètement, au cours de ce travail, dans l'étude des questions de preuve (1).

Alors même, en tout cas, qu'on estimerait que de rares arrêts ont pu, quant au fond du droit, laisser place à quelque doute, l'échec de la théorie nouvelle devant la Cour de cassation est, aujourd'hui, nettement soulignée par la jurisprudence qui s'est formée en matière de rapports de complaisance (2).

D'autre part, les Tribunaux ne se contentent plus d'ignorer le critère qui leur est proposé, mais le condamnent expressément. La Cour de Paris précise, en particulier, dans ses arrêts récents, que le lien de préposition est indépendant de la situation sociale des parties (3). La Cour de Dijon fait également ressortir que « les conventions peuvent parfaitement réduire à un rôle de simple préposé celui dont, socialement, la profession s'annonce comme exclusive de toute obéissance, de même qu'à l'inverse un simple ouvrier... peut s'élever par exception à la qualité d'entrepreneur indépendant » (4).

(1) *Infra*, IV, chapitre I, p. 268.

(2) *Infra*, III, chapitre II, p. 242-251. Cet échec de la théorie de la dépendance économique est nettement reconnu par M. Savatier, note D. P. 1930.1.139, col. 2 (2).

(3) Paris, 14 mars 1930, D. P. 1930.2.115, note Besson ; Paris, 18 juill. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.2.674, *Rev. gén. ass. ter.*, 1931.72, *Rev. trim.*, 1931.119 ; Paris, 25 juill. 1931 (motifs), D. H. 1931.528, *Gaz. Pal.*, 1931.2.653, sous note b, *Rev. gén. ass. ter.*, 1931.1027.

(4) Dijon, 24 juin 1931, D. H. 1931.530.

On notera enfin, en dehors de l'article 1384, que, pour la détermination des assurés obligatoires dans l'application de la loi sur les Assurances sociales, la Chambre civile a décidé, en termes formels, le 6 juillet 1931, que « la condition juridique n'est pas déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique » (1). Si cette thèse a été condamnée en une matière où elle se présentait sous le jour le plus favorable, au point qu'elle était adoptée par des auteurs qui lui sont habituellement opposés (2), il n'est pas douteux qu'elle doive continuer à l'être dans les autres domaines.

Le rejet du critère de la dépendance économique et sociale, — critère inspiré d'une idée inconciliable avec l'esprit général de notre droit et se révélant inconsistant à l'analyse —, conduit à examiner la théorie traditionnelle, selon laquelle le lien de préposition suppose la réunion de deux éléments : le choix et l'autorité.

SECTION II

Le critère classique : le choix et l'autorité.

Le critère fondé sur la double exigence du choix et de l'autorité ne possède évidemment pas pour nous la force qu'il tirait, chez les auteurs classiques, du fondement assigné par eux à la responsabilité du commettant ; présomption de mauvais choix et de défaut de surveillance. Détaché de cette base, doit-il être cependant adopté comme satisfaisant à la logique de l'interprétation, présentant une précision suffisante et se conciliant, dans la mesure du possible, avec l'idée de garantie ?

Il importe, pour en apprécier la valeur, de noter que ce

(1) Civ. rej., 6 juill. 1931, D. H. 1931.489. *Adde*, sur ce point, *infra*, II, chapitre I, section I, et les arrêts cités p. 131, note 1.

(2) ROUAST, *La notion de contrat de travail et les assurances sociales*, *Recueil de droit commercial et de droit social*, 1929, p. 102 s.

critère se présente sous des aspects différents selon l'importance relative attachée à chacun de ses deux termes. Or, celle du choix, d'abord essentielle, n'a cessé de décroître en jurisprudence malgré les formules inchangées qu'emploient encore fréquemment les arrêts.

Retraçant cette évolution, dans le droit positif, des idées classiques, et en appréciant, du point de vue doctrinal, la valeur, nous nous demanderons successivement si le choix est suffisant, puis s'il est nécessaire. Cette double question étant résolue négativement, il restera à voir si l'autorité est, à elle seule, constitutive du lien de préposition ou s'il convient, au contraire, de chercher un autre critère.

§ 1. — *Le choix.*

Aucune tendance nette et aucune affirmation directe ne permettent de dire que le choix ait jamais suffi, pour la jurisprudence, à faire naître les rapports de commettant à préposé ; mais la prédominance originaire de cette condition qui figure dans les arrêts anciens, au premier rang des motifs (1) paraît indéniable. L'autorité n'est invoquée qu'à titre subsidiaire, et

(1) Tr. Marseille, 10 févr. 1824 et, sur pourvoi, Req., 19 juill. 1826, *Jur. gén. v^o responsabilité*, n^o 627, note 1 ; Req., 5 févr. 1828, *Jur. gén. v^o responsabilité*, n^o 614, note 1, *Sir. chr.* ; Grenoble, 13 mars 1834, *Jur. gén. v^o responsabilité*, n^o 642, note 3 ; Crim. rej., 12 juin 1844, *Jur. gén. v^o responsabilité*, n^o 619 ; Paris, 15 mai 1851, D. P. 1852.2.240, S. 1851.2.359 ; Nancy, 20 déc. 1884 (motifs), D. P. 1887.1.289, *ante Civ.*, 25 mai 1887 ; Paris, 29 nov. 1893, D. P. 1894.2.283 ; Tr. corr. Saint-Gaudens, 27 août 1896, infirmé par Toulouse, 25 nov. 1896, *Gaz. Pal.*, 1896.2.700.

Cpr. Douai, 25 juin 1841 (motifs), *Jur. gén. v^o responsabilité*, n^o 613 Tr. civ. Marseille, 18 mai 1870, et, sur appel, Aix, 17 déc. 1870, D. P. 1872.2.131.

Voy., même parmi les décisions récentes : Tr. civ. Seine, 27 févr. 1909, *Gaz. Trib.*, 1909, 2^e sem., 2.35, *Rev. crit.*, 1911.145 avec les observations de M. Ripert ; Tr. corr. Lille, 2 déc. 1920, et, sur appel, Douai, 25 févr. 1921, *Gaz. Pal.*, 1921.1.585 ; Tr. civ. Seine, 14 déc. 1920, D. P. 1921.2.27.

Adde : Req., 29 déc. 1919, S. 1922.1.33, note Hugueney ; Req., 4 juin 1929, D. P. 1929.1.153, note Waline, arrêts discutés au texte *infra*, p. 93 s.

souvent comme un second élément qui semble pouvoir se ramener au premier : elle n'est conçue que comme une conséquence du choix. Ainsi, l'absence de celui-ci est considérée comme la preuve que celle-là ne pouvait pas être exercée (1).

Sous une forme aussi absolue, cette thèse se révèle arbitraire et fausse ; il est inexact, en effet, qu'on ne puisse diriger que ceux qu'on a choisis. L'organisation des entreprises et la hiérarchie qu'elle comporte prouvent le contraire : les ouvriers sont placés sous l'autorité de contremaîtres qui ne les ont pas désignés (2). Inversement, le choix ne prouve pas nécessairement et en toute circonstance l'existence d'un droit de direction : ainsi en est-il lorsqu'un intermédiaire se charge de recruter la main d'œuvre nécessaire à un industriel.

L'impossibilité certaine de ramener l'une à l'autre les deux notions devait donc conduire la jurisprudence à prendre nettement parti sur l'unité ou la dualité des conditions exigées. C'est en ce dernier sens que la Cour de cassation s'est prononcée dès 1847 : « la responsabilité à laquelle l'article 1384 soumet les commettants ne dépend pas seulement de ce qu'ils ont choisi leurs préposés, mais suppose en outre qu'ils ont le droit de leur donner des ordres ou des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles ils les emploient, autorité sans laquelle il n'y a pas de véritables commettants » (3). En ce motif s'exprime le grand principe de direction qui sera suivi désormais.

La solution donnée en l'espèce était la suivante : une com-

(1) Req., 5 févr. 1828, précité ; Liège, 19 mai 1881, *Pasicr.* 1881.2.266 ; Agen, 22 juin 1911 (motifs), D. P. 1912.2.228, S. 1912.2.76.

(2) Nous n'entendons pas dire, par là, que ce contremaître, parce qu'il exerce une autorité, soit commettant (d'autres raisons s'y opposent : *infra*, II, chapitre I, section I, § 1, p. 119 s.), mais seulement montrer l'indépendance *en fait* des deux points de vue.

(3) Crim. cass., 20 août 1847, D. P. 1847.4.421, S. 1847.1.855. Voy. déjà antérieurement : Paris, 24 nov. 1842, *Jur. gén.* v^o *responsabilité*, n^o 611, note 1. Il est inutile de mentionner ici tous les arrêts contenant le même motif : c'est le cas de presque tous ceux qui seront cités, *infra*, II, chapitre I, section I, en particulier § 2, p. 127, note 1.

pagnie de chemins de fer n'étant pas en droit de diriger un entrepreneur qui exécute des travaux pour elle n'a pas, par rapport à cet entrepreneur, la qualité de commettant. Ce cas de travail effectué en toute indépendance constitue l'un des exemples classiques de l'insuffisance du choix. En voici un second, plus caractéristique encore. Il arrive qu'une personne remplisse sous l'autorité d'une seconde une fonction pour laquelle elle a été désignée par une troisième (1). Cette situation est temporaire si elle résulte seulement de ce que le maître habituel a mis exceptionnellement son préposé à la disposition d'un tiers ; elle est permanente s'il y a dissociation du droit de nomination et du droit de commandement, attribution de chacun de ces droits à un titulaire différent. Laissant de côté la première hypothèse qui soulève des difficultés particulières (2), signalons que la jurisprudence se refuse, au second cas, à reconnaître la responsabilité de l'auteur du choix. En particulier, la Chambre civile, dans un arrêt du 25 octobre 1886, a décidé qu'une Congrégation religieuse, ayant désigné l'un de ses membres comme instituteur communal, ne pouvait être tenue pour commettante s'il n'était pas constaté qu'elle ait conservé sur lui l'exercice de son autorité (3).

Un petit nombre de décisions restent cependant en marge de cette ligne générale. La Chambre des requêtes, dans deux arrêts rendus à dix ans de distance, manifeste notamment une certaine tendance à s'en éloigner.

Le 29 décembre 1919, elle considère un Comité d'assistance aux enfants, œuvre philanthropique, comme le commettant des colonies de vacances où il envoie les enfants qui lui sont confiés ; par suite, elle le rend responsable, envers les parents, de la mort d'un enfant due à un défaut de surveillance de la part du directeur de la colonie (4).

(1) Cpr. BARTIN, sur AUBRY et RAU, VI, § 447, p. 383.

(2) *Infra*, II^e partie, chapitre I.

(3) Civ. cass., 25 oct. 1886, D. P. 1887.1.225, S. 1887.1.457.

(4) Req., 29 déc. 1919, S. 1922.1.33, note Hugueney, *Rev. trim.*, 1920. 352, *Rev. crit.*, 1924.197 et les observations de M. P. Esmein.

C'est admettre, semble-t-il, puisqu'aucun lien de subordination n'est d'autre part constaté, que le choix suffit à faire naître le lien de préposition. Mais cette décision n'est pas caractéristique. Le Comité ayant chargé la Colonie de vacances d'exécuter une obligation qu'il avait contractée envers les parents, — celle de surveiller l'enfant —, on était, en effet, dans le domaine de la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. Or, le débiteur répond de l'inexécution de son obligation sans qu'il soit nécessaire que le tiers qu'il s'est substitué ait, par rapport à lui, la qualité de préposé. Bien que l'arrêt ait employé les termes de commettant et de préposé, il restait, dans ses motifs, assez vague pour qu'on pût croire à la légitimité de cette interprétation, donnée, en une analyse très logique, par M. Hugueney (1).

Mais, dans un arrêt du 4 juin 1929, la Chambre des requêtes qualifie préposé un particulier à qui l'Assistance publique avait confié la garde d'un enfant (2). Cet enfant ayant causé un dommage à un tiers par suite de la surveillance insuffisante exercée sur lui par son « nourricier », celui-ci était l'auteur d'une faute personnelle, dont l'Assistance devait, à son tour, répondre à titre de commettante.

L'obligation de réparation étant encourue, dans l'espèce, envers un tiers, il ne pouvait être question de reconnaître à cette décision d'autre fondement que l'application de l'article 1384 § 5. Elle est donc plus importante que la précédente et par suite, s'oppose plus nettement à l'ensemble de la jurisprudence. Mais, ici encore, aucun motif de principe n'énonce que le choix soit une condition suffisante. Il semble seulement que la Chambre des requêtes ait considéré le jugement de première instance comme suffisamment motivé par cela seul qu'il avait qualifié préposé l'auteur de la faute, alors qu'en réalité les juges

(1) HUGUENEY, note S. 1922.1.33. § 1 B.

(2) Req., 4 juin 1929, D. P. 1929.1.153, note Waline, S. 1929.1.346, *Rev. trim.*, 1929.760 et les observations de M. Demogue. Cet arrêt est critiqué par MM. Demogue, *Rev. trim.*, *loc. cit.*, Waline, note précitée, H. et L. Mazeaud, I, n° 894.

du fond ne doivent pas se contenter d'affirmer l'existence de cette qualité mais constater la réunion de ses éléments constitutifs. Ce n'est donc pas dans sa conception du lien de préposition, — il n'en exprime aucune —, mais dans sa conception de l'étendue du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation que l'arrêt mérite d'être critiqué (1).

Au surplus, l'Assistance publique, niant simplement la faute du nourricier, avait d'abord reconnu dans ses conclusions qu'elle pouvait être considérée comme sa commettante ; ce n'était pas, sans doute, une raison suffisante pour admettre une solution juridiquement inexacte, mais cet élément n'a pas dû, cependant, rester sans influence sur la solution du litige (2). On ne peut enfin manquer de noter que la jurisprudence analysée ici semble spéciale aux rapports des Institutions charitables ou des Administrations publiques avec les personnes auxquelles elles confient les enfants dont elles ont la charge ; elle révèle certainement une tendance prétorienne à faire peser sur elles une très lourde responsabilité (3).

Pour toutes ces raisons, la discordance que les deux arrêts de la Chambre des requêtes apportent dans l'évolution générale de la jurisprudence ne présente qu'une portée très limitée. Elle n'est peut-être qu'apparente ; elle est, en tout cas, infime, si l'on tient compte du nombre des décisions intervenues en cette matière de la responsabilité du fait d'autrui.

(1) Sur ce point : voy. *infra*, IV, chapitre III, p. 286.

(2) On a, de même, noté l'influence possible, dans l'espèce précédente, de l'assurance contractée par le Comité d'assistance : contracter une assurance, ce serait, d'avance, reconnaître sa responsabilité (HUGUENY, *loc. cit.*, S. 1922.1.33 § 2 B).

(3) On notera, cependant, que dans des circonstances de fait analogues, certains tribunaux se sont prononcés en sens contraire : Tr. civ. Seine, 4 juill. 1923, *Gaz. Pal.*, 1923.2.401, *Rev. trim.*, 1924.105 ; Tr. Roanne, 2 juill. 1929, S. 1931.2.126 sous note.

Cpr. pour la jurisprudence belge, Tr. civ. Bruxelles, 6 mars 1930, *Revue générale des assurances et des responsabilités*, 1930.693 et la note de M. Olivier Malter ; logique avec lui-même, ce jugement, pour attribuer la qualité de préposé à un nourricier, s'efforce de relever des traces, en sa personne, d'un état de subordination.

Le principe, qui reste donc certain pour l'immense majorité des arrêts, selon lequel le choix n'est pas, à lui seul, constitutif des rapports de commettant à préposé, a soulevé, en doctrine, les critiques très vives de Laurent (1). Mais la majorité des auteurs s'y est ralliée (2) ; ceux même qui voient dans une présomption de mauvais choix le fondement unique de la responsabilité du commettant l'ont, pour la plupart, accepté (3). L'insuffisance logique d'un critère exclusivement fondé sur cette notion serait, en effet, manifeste.

Il n'est pas concevable que le choix, abstraction faite de toute autre condition, soit déterminant. Lorsque, parmi différentes personnes auxquelles on avait la possibilité de s'adresser dans un but quelconque, on a choisi l'une d'entre elles, ce seul fait ne permet pas de mettre en jeu la responsabilité de l'article 1384 § 5 : le détaillant ne répond pas du marchand en gros chez lequel il s'approvisionne, le commerçant n'est pas le préposé de ses clients. Ces solutions sont indiscutables. Cependant, un choix a été exercé ; comment donc les maintenir et les expliquer si l'on ne s'attachait qu'à cet élément ?

Dira-t-on qu'il ne peut s'agir que du choix fait de quelqu'un pour lui confier une mission, et que, si l'on ne se préoccupe pas des conditions de dépendance dans lesquelles cette mission est remplie, il faut en exiger au moins l'existence ? Le préposé n'est que celui qui travaille pour le commettant, le remplaçant dans une tâche déterminée ou y participant à ses côtés, de sorte qu'il y a, soit adjonction de deux activités, soit substitution de l'une à l'autre (4). Cette conception manifesterait une tendance à se placer sur le terrain économique en opposant le travail pour autrui au travail pour son propre compte. Faisant

(1) LAURENT, XX, n^{os} 571 s. *Adde* : LOT, p. 190.

(2) DEMOLOMBE, XXXI, n^{os} 619 s. ; HUC, VIII, n^o 444 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, IV, n^o 2912 ; BEUDANT, n^o 1213 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n^o 643 ; SOURDAT, II, n^o 887 *in fine*.

(3) Voy. en particulier, parmi les auteurs cités à la note précédente : DEMOLOMBE, BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE.

(4) Sur ce double rôle possible du préposé, cpr. SALEILLES, *Obligation*, n^o 322, p. 401.

intervenir des notions dont l'inconsistance a été précédemment démontrée (1), elle ne conduirait pas à des solutions acceptables et fermes.

Pour conserver l'exemple donné plus haut, un tel raisonnement permettrait de dire que, si le lien de préposition ne se forme pas normalement entre un particulier et le commerçant auquel il accorde sa clientèle, il peut néanmoins les unir dans des cas exceptionnels. Ainsi, le libraire à qui on achète un ouvrage courant ne se voit confier aucune fonction, mais il n'en va pas de même s'il s'engage à fournir une édition rare qu'il lui faudra d'abord trouver ; on pourrait dire alors qu'il a été choisi par son client avec mission de faire pour lui ces recherches.

Par ailleurs, les questions imprévues qu'on s'est posées, celle par exemple de savoir si, dans le louage de choses, le preneur est le préposé du bailleur, montrent jusqu'où pourrait mener l'idée de choix ; il en est de même des solutions très discutables données par la Chambre des requêtes lorsqu'elle a tendance à y revenir (2).

Ce critère est donc condamné par ses conséquences, et surtout par son imprécision ; si l'on adoptait un tel point de départ, on n'apercevrait pas de base ferme sur laquelle on pût s'appuyer, ni de limite précise où s'arrêter.

* * *

L'examen des arrêts nous a montré que le choix était, pour eux, insuffisant à révéler la qualité de commettant et la solution qu'ils donnent nous a paru, du point de vue rationnel, devoir être approuvée. Il reste, pour apprécier la valeur exacte de ce premier élément, à rechercher, selon la même méthode, s'il est au moins nécessaire à l'existence du lien de préposition.

(1) *Supra*, section II, p. 75-90.

(2) *Supra*, arrêts discutés p. 93-95.

Aucune décision, à notre connaissance, ne s'est affranchie expressément de l'exigence classique ; mais la jurisprudence demande à être analysée de plus près. Dans l'attendu de principe de l'arrêt de cassation de 1847 (1), auquel on ne saurait attacher trop d'importance puisqu'il est resté la base des arrêts plus récents, ne peut-on pas, sans se livrer à une interprétation exégétique, remarquer déjà une tendance à affirmer la prédominance de l'autorité ? « La responsabilité ne dépend pas seulement du choix ; elle suppose en outre..... le droit de donner des ordres ». Ce motif, il est vrai, figure pour la première fois dans un arrêt de cassation, la Cour d'appel s'étant fondée sur le seul choix, et la décision se présente, d'autre part, sinon comme un revirement de jurisprudence, au moins comme une précision apportée à des idées jusque-là mal fixées. Aussi, peut-elle simplement s'interpréter ainsi : le choix ne suffit pas, comme l'a décidé la Cour d'appel ou comme on l'a pensé jusqu'ici, à engendrer la responsabilité. Mais il reste que, si les deux conditions étaient vraiment placées sur le même plan, la formule inverse apparaîtrait parfois : « la responsabilité ne dérive pas seulement du droit de donner des ordres et des instructions.... ; il faut encore que le commettant ait librement choisi son préposé ; sans ce libre choix il n'existe pas de véritable commettant ». Or, on ne trouve, au contraire, dans les arrêts, aucun exemple d'un tel raisonnement. Que le principe où s'exprime la pensée de la jurisprudence soit toujours invoqué, en quelque sorte, dans le même sens, pour aboutir aux mêmes résultats, — justifier la responsabilité de celui qui exerce l'autorité ou l'irresponsabilité de celui qui a seulement effectué le choix —, c'est un premier signe, auquel il ne faudrait pas s'en tenir, mais qui méritait d'être signalé (2).

Sans doute, les Tribunaux maintiennent la plupart du temps, dans leurs motifs, la nécessité des deux conditions. Lorsque

(1) Crim. cass., 20 août 1847, D. P. 1847.4.421, S. 1847.1.855, précité.

(2) Voy. déjà Toulouse, 10 janv. 1876, D. P. 1877.2.41 : « c'est moins le choix... ».

toutes deux sont réunies, ils s'appuient sur l'une et l'autre pour décider de l'existence du rapport de préposition ; et, de même, si le choix et l'autorité font en même temps défaut, ils ne manquent pas de le constater (1). Mais rien n'est plus naturel. La jurisprudence, devant résoudre des cas d'espèce et non pas édifier des constructions d'ensemble, ne prend pas inutilement parti sur les controverses théoriques ; les magistrats ont une tendance justifiée à invoquer, outre l'argument dont ils ont tiré leur conviction personnelle, tous ceux qui peuvent valoir dans le même sens, et le motif surabondant n'est pas employé seulement par les juges du fond. Aussi convient-il de ne pas s'attacher exclusivement aux motifs des arrêts, mais de rechercher, d'un point de vue plus concret, comment ils entendent la condition de choix : devant l'interprétation très large qu'ils en donnent, il est permis de douter, en effet, de l'exactitude du principe qui en proclame la nécessité.

Un premier point est à peu près incontesté. Le *choix limité*, c'est-à-dire celui qui ne peut s'exercer que parmi des candidats déterminés, devant posséder, dans le cas le plus général, certains diplômes, ou satisfaire à certaines conditions d'ordre administratif, suffit, joint bien entendu à l'exercice de l'autorité, à faire naître la responsabilité (2). Par exemple, un Trésorier Payeur général est le commettant de son caissier bien qu'il ne puisse le choisir que dans un corps d'employés de classe et d'ancienneté fixées par décret (3). C'est là une concession

(1) Cpr. pour cette analyse de la jurisprudence : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 643.

(2) Bruxelles, 2 juin 1806, *Jur. gén. v° responsabilité*, n° 674, note 1, *Sir. chr.*, et 10 mars 1808, *Jur. gén., eod. loc.* ; Req., 8 janv. 1823, implicite, *Jur. gén. v° responsabilité*, n° 679, note 2 ; Limoges, 26 juin 1916, *Gaz. Trib.* 11 août 1917 et, sur pourvoi, Req., 20 févr. 1918, *Gaz. Trib.*, 1918.1.60, rapport Fabry, S. 1921.1.361, note Delpech, *Rev. trim.*, 1919.110, *Rev. crit.*, 1924.203 et les observations de M. P. Esmein.

DEMOGUE, V, n° 894 ; FABRY, rapport précité, p. 61, col. 2. *Contra* : Amiens, 8 déc. 1873, S. 1874.2.41.

(3) Limoges, 26 juin 1916 et Req., 20 févr. 1918, précités.

légitime à la rigueur d'un principe qui exigerait une liberté absolue de choix, rarement possible en fait, alors même qu'elle est admise en droit. Par ailleurs, les garanties exigées par la loi pour l'exercice de certaines fonctions le sont dans l'intérêt des tiers ; elles ne peuvent se retourner contre eux et diminuer les chances d'indemnisation de la victime. Mais l'argument essentiel reste évidemment celui-ci : c'est encore choisir que de désigner, parmi ceux qui répondent aux conditions requises, le préposé qu'on prendra à son service. Cette première solution ne porte donc pas directement atteinte au principe posé.

On s'en éloigne davantage lorsque la désignation doit être ratifiée par une Autorité supérieure. Il en est fréquemment ainsi pour les Agents de l'Etat ou des communes ; la question a donc beaucoup perdu de son importance depuis que les règles du droit civil sont considérées comme inapplicables à cette situation, mais elle mérite encore d'être signalée à cause des principes qu'elle met en jeu : *la nécessité d'un agrément ou d'une investiture* ne supprime pas la responsabilité (1). Ici encore, la liberté n'est, en général, que restreinte. Mais, à l'inverse de la solution précédente, celle-ci peut, en certains cas, aboutir, en fait, à la suppression du choix.

La jurisprudence est allée cependant plus loin. Elle reconnaît pratiquement la qualité de commettant à toute personne qui utilise et dirige les services d'autrui ; ce n'est pas qu'elle déclare le choix inutile, mais qu'elle le considère, en pareil cas, par un détour, comme réalisé. *L'acceptation équivaut au choix* : « en ratifiant les désignations, énonce un arrêt particulièrement net et qui montre que cette tendance n'est pas nouvelle, il se les est appropriées ; son acceptation et son agrément équivalent au choix qu'il aurait fait lui-même » (2).

(1) Tr. Bruxelles, 10 juin 1891, *Pasicr.*, 1891.3.322 ; Civ. rej., 2 mai 1906, D. P. 1909.1.97. — DEMOGUE, V, n° 894 ; rapport de M. le Conseiller FABRY, *Gaz. Trib.*, 1918.2.62, col. 1.

(2) Toulouse, 10 janv. 1876, D. P. 1877.2.41. Dans le même sens : Aix, 10 mars 1892, *Gaz. Pal.*, 1893.2.716 (1^{re} espèce) ; Req., 20 févr. 1918, pré-

C'est grâce à ce raisonnement qu'on a pu appliquer l'article 1384 dans les circonstances déjà signalées où le choix et l'autorité sont dissociés, soit exceptionnellement, soit normalement : préposé mis à la disposition d'un tiers qui acquiert le droit de lui donner des ordres, emploi permanent de préposés qu'on n'a pas personnellement désignés. La seconde hypothèse, plus rare que la première, se rencontre surtout lorsqu'on maintient en fonctions les préposés choisis par un prédécesseur ; ainsi, un Trésorier payeur général conservant un caissier dans le poste qu'il occupait avant sa nomination devient son commettant (1). Une interprétation rigoureusement logique du principe exigeant deux conditions aurait placé de telles situations en dehors du cadre de la loi ; l'un ayant choisi, l'autre exerçant l'autorité, aucun d'eux n'aurait été responsable. Sans doute, est-ce avant tout ce résultat qu'on a voulu éviter. Il a semblé inacceptable que les tiers fussent privés de la garantie édictée en leur faveur : le but humanitaire et la pensée de commisération envers la victime sont indéniables. Mais, techniquement, pour parvenir à ce but, l'idée d'une équivalence entre l'acceptation et le choix a joué un rôle des plus importants dans l'élaboration des solutions jurisprudentielles : elle a seule permis de trouver un répondant sans modifier ouvertement le critère du lien de préposition.

Du point de vue rationnel, cette idée présente une valeur indiscutable dans un certain nombre de cas où, bien qu'il ne l'ait pas personnellement effectué, le choix émane *juridiquement* du commettant sous la direction de qui le préposé remplit sa mission. Il suffit, pour cela, que l'auteur direct du choix ait agi à titre de représentant : préposé ayant reçu pouvoir de désigner lui-même des sous-préposés ou, encore, intermédiaire chargé du recrutement de la main-d'œuvre (2).

cité ; Req., 24 janv. 1923, D. P. 1923.1.55, S. 1924.1.229 ; Pau, 22 févr. 1924, *Gaz. Pal.*, 1924.1.625.

(1) Limoges, 26 juin 1916, *Gaz. Trib.*, 11 août 1917 et, sur pourvoi, Req., 20 févr. 1918, S. 1921.1.361, note Delpech, précités.

(2) Telle est la situation sur laquelle ont statué les arrêts suivants : Bor-

Mais il n'en serait ainsi dans toutes les situations qu'autant que s'y rencontreraient les éléments, soit d'un mandat, soit d'une gestion d'affaires.

On pourrait, à la rigueur, songer à interpréter en un mandat la convention passée entre un commettant et le tiers à la disposition de qui il met son préposé. Le tiers, dirait-on, donne mandat au commettant de lui trouver un préposé qui devra remplir une mission temporaire, et le commettant, prenant l'affaire à son compte, lui fournit son propre préposé ; en principe rien n'empêche, en effet, le mandataire conventionnel de contracter avec lui-même (1). Mais cette analyse subtile, dont il n'est d'ailleurs pas trace dans la jurisprudence, méconnaîtrait la volonté des parties. Le commettant habituel s'est directement engagé à mettre à la disposition du tiers l'un de ceux qu'il emploie personnellement, non à lui procurer un préposé quelconque : il n'a reçu de lui aucun mandat. De plus, l'opération s'accompagne fréquemment d'un prêt ou d'un louage de matériel, matériel ne pouvant être conduit que par le propre préposé du prêteur ou du locateur.

Lorsqu'aucun contrat n'est intervenu entre l'auteur du choix et le titulaire de l'autorité, l'idée de gestion d'affaires paraîtrait *a priori* séduisante ; la jurisprudence serait solidement justifiée si l'on pouvait dire que l'acceptation est, en réalité, une ratification par laquelle le maître s'approprie le choix fait par le gérant. Mais les conditions de la gestion d'affaires sont rarement réunies ; il est évident, en particulier, que le maintien en fonctions de préposés choisis par un prédécesseur n'est pas susceptible d'entrer dans ce cadre. En désignant ces préposés, le prédécesseur agissait pour son propre compte et dans son propre intérêt, dans l'exercice de sa profession

deaux, 28 juin 1920, *Gaz. Pal.*, 1920.2.417 (2^e espèce), et, sur pourvoi, Req., 31 oct. 1921, *Gaz. Pal.* 1922.1.145, *Rev. trim.*, 1921.238 ; Alexandrie, 25 nov. 1926, *Rev. trim.*, 1927.259.

Cpr. J. A. Roux, note S. 1923.1.386, col. 3 (responsabilité du mineur du fait du préposé choisi par le tuteur).

(1) CASSIN, in PLANIOL et RIPERT, VI, nos 68 s. et les références.

personnelle ; il n'entendait nullement gérer l'affaire d'un successeur éventuel.

Il n'existe donc pas toujours, entre l'auteur du choix et le responsable, un lien de représentation, résultant d'un mandat ou d'une gestion d'affaires, et par l'effet duquel les conséquences de droit attachées au choix se produiraient immédiatement et directement en la personne du représenté, titulaire de l'autorité. La tentative que nous avons faite pour appuyer la jurisprudence sur cette notion échoue ; les décisions des Tribunaux ne peuvent être renforcées de l'extérieur et par des motifs extrinsèques. Force est donc, pour les apprécier, de s'en tenir au point de vue plus simple qui est le leur : il y a *équivalence de fait* entre les deux éléments, il revient au même, dans la réalité, d'accepter ou de choisir.

Cette opinion ne peut, d'abord, être sérieusement soutenue en certaines circonstances où l'acceptation est obligatoire (1). Mais elle reste encore critiquable dans les cas les plus favorables. Alors même, en effet, qu'on est libre d'accepter ou de refuser le préposé désigné par un tiers, l'acceptation ne peut être assimilée à un choix véritable que si l'on a la certitude qu'au cas de refus, ce tiers procédera à une nouvelle désignation. Or, il s'agit souvent d'une proposition ferme que rien ne peut faire modifier ; « on prend alors qui on vous donne » (2), mais sous peine, si on refuse, de n'obtenir personne. Ceci est particulièrement net lorsque des soldats sont mis à la disposition d'un particulier ou d'une association par l'Autorité militaire (3).

Le raisonnement de la jurisprudence est donc inexact. Il ne constitue d'ailleurs qu'un détour, et l'on voit plutôt repa-

(1) Voy. comme exemple de cette situation, celle du pilote obligatoire : Civ. rej., 23 juin 1896, D. P. 1898.1.385, S. 1898.1.209, note Lyon-Caen. Sur ce point : H. et L. MAZEAUD, I, n° 880, p. 622.

(2) P. ESMEIN, *Examen doctrinal*, Rev. crit., 1924, p. 204.

(3) Voy. en jurisprudence les exemples suivants : Rouen, 18 nov. 1905, Gaz. Pal., 1905.2.631 et, sur pourvoi, Req., 6 août 1907, D. P. 1910.1.524, Rev. crit., 1909.139 avec les observations de M. Ripert ; Req., 24 janv. 1923, D. P. 1923.1.55, S. 1924.1.229.

raitre ici, sous un aspect inverse, déplaçant l'importance respective de chacune, la tendance déjà critiquée à établir un lien logique entre les deux notions de choix et d'autorité; de même que celle-ci découle de celui-là, de même elle le révèle. Vous n'avez pas choisi, avait-on tendance à dire anciennement, vous ne pouvez donc exercer d'autorité (1). Et de même ici : vous exercez l'autorité, donc vous avez choisi. L'acceptation ne donne naissance qu'à un argument intermédiaire : si vous dirigez le préposé, c'est que vous l'avez accepté, et, si vous l'avez accepté, vous êtes censé l'avoir choisi. Il n'y a de différence que dans le fait connu pris comme point de départ de l'induction, mais semblable est la démarche de l'esprit, et semblable par conséquent l'artifice (2).

Choix légalement limité, nécessité d'une investiture s'ajoutant à la désignation faite, simple acceptation d'une désignation effectuée pour autrui : dans ces trois hypothèses, de plus en plus éloignées de la liberté, des considérations diverses, vraiment valables pour la première, de plus en plus arbitraires ensuite, permettent à la jurisprudence de décider que le choix a été exercé par le titulaire du droit de direction.

Dans les cas inverses, où les arrêts présentent parfois l'irresponsabilité comme une conséquence de l'absence de choix, il est facile de montrer que des raisons plus sérieuses conduisent à la même solution. Si les médecins des hôpitaux, en particulier, ne sont pas les préposés de l'Assistance Publique, ce n'est pas parce qu'ils ne sont pas nommés par elle, mais bien parce qu'ils ne sont pas soumis à son autorité (3); s'il en était autrement, on ne comprendrait pas que la qualité de préposé fût également déniée aux médecins des compagnies de chemins de fer, qui sont choisis par celles-ci en toute liberté.

C'en est assez de cet examen pour conclure, avec M. Es-

(1) *Supra*, p. 92.

(2) Cpr. H. et L. MAZEAUD, I, n° 880 *in fine*.

(3) *Infra*, II, chapitre I, section II, § 2, p. 167-178.

mein (1), que le choix ne représente, au maximum, dans le système jurisprudentiel, qu'un élément secondaire. « *C'est moins le choix* qui engendre la responsabilité que le droit de donner des ordres et des instructions », énonce, dès 1876, un arrêt remarquablement motivé de la Cour de Toulouse (2). La Cour de Paris, dans un arrêt récent, adopte une conception analogue : « La responsabilité civile du commettant ne dérive pas nécessairement du choix qu'il a fait de son préposé ; *elle procède surtout d'un rapport de subordination* » (3).

Mais il est possible d'admettre une solution plus formelle. Plutôt que de chercher à en démontrer laborieusement l'existence, il est préférable de dire que le choix peut être entièrement négligé. La dernière jurisprudence paraît s'orienter en ce sens. Ainsi, les décisions qui, statuant sur le cas où un préposé a été mis à la disposition d'un tiers, se prononcent pour la responsabilité du patron occasionnel, n'invoquent plus que rarement l'argument tiré de l'acceptation. Il ne serait donc pas étonnant de voir les Tribunaux proclamer expressément, dans l'avenir, l'inutilité absolue de cette condition. Mais, sans même qu'on préjuge des tendances futures auxquelles ils obéiront, les conclusions qui résultent actuellement d'une analyse objective des arrêts sont déjà très probantes : tantôt ils ne font pas mention du choix comme élément du critère de la qualité de commettant ; tantôt ils l'annihilent pratiquement par l'interprétation très large qu'ils en donnent ; les circonstances très rares, enfin, où ils paraissent l'exiger sont, au contraire, celles où il serait le moins utile d'y faire appel.

Cette jurisprudence mérite d'être approuvée, sinon dans ses méthodes indirectes, du moins dans les solutions qu'elle consacre. L'exigence du choix ne reposait, en effet, que sur l'idée

(1) P. ESMEIN, *Examen doctrinal*, *Rev. crit.*, 1924, p. 204. Voy. dans le même sens, le rapport de M. le Conseiller FABRY (sur Req., 20 févr. 1918), *Gaz. Trib.*, 1918.1.60, col. 1.

(2) Toulouse, 10 janv. 1876, D. P. 1877.2.41, précité.

(3) Paris, 14 mars 1930, D. P. 1930.2.115, note Besson.

traditionnelle de la *culpa in eligendo*. Détachée de cette base, elle ne trouve aucune autre justification. Le choix ne se concilie pas avec le fondement de la loi ; il ne présente pas une précision suffisante ; il n'est pas imposé enfin par la logique de l'interprétation. Par suite, il ne répond à aucune des trois conditions qu'on doit exiger du critère des rapports de commettant à préposé (1).

Le fondement de la responsabilité du commettant s'exprime dans l'idée de garantie. Sans doute, est-il impossible, on s'en souvient, de trouver un critère qui permette d'atteindre toujours ce but sans jamais le dépasser (2). Mais il est, au moins, nécessaire qu'il existe, entre le fondement et le domaine de la règle, une concordance approximative ; il faut que l'article 1384 § 5 ne s'applique, *dans la moyenne des cas*, qu'autant que l'auteur de la faute ne peut indemniser personnellement la victime. Or, lorsqu'une personne en choisit une autre pour lui confier une mission, il ne s'ensuit pas que la seconde soit normalement incapable de réparer les dommages qu'elle causera aux tiers, ni que la première puisse supporter, plus facilement, cette charge. *En aucun cas*, cette différence de situations et, par suite, cette utilité d'une responsabilité supplémentaire ne paraîtront vraisemblables : l'idée de garantie et celle de choix appartiennent à deux plans entièrement étrangers l'un à l'autre. Nous verrons, au contraire, que l'existence d'un rapport d'autorité et de subordination fait présumer que les ressources du préposé sont inférieures à celles du commettant. Mais cette probabilité reste la même, soit que le travailleur subordonné ait été choisi par le titulaire du droit de direction, pour le compte de qui il agit, soit qu'il ait été désigné par un tiers. En considérant le choix comme nécessaire et en l'ajoutant à l'autorité, qui est l'élément le plus important du critère classique, on ne permettrait donc pas à celui-ci de concorder plus exactement avec le fondement de la responsabilité du fait d'autrui.

(1) *Supra*, section I, *in fine*, p. 74-75.

(2) *Supra*, section I, en particulier p. 73.

On sait, cependant, que le critère ne doit pas seulement s'adapter au but de la loi. Il doit encore présenter une certitude qui en rende facile la mise en œuvre. C'est pourquoi, si une définition du lien de préposition fondée à la fois sur le choix et sur l'autorité se révélait d'une précision supérieure à celle qui repose exclusivement sur la seconde notion, il pourrait être légitime de l'adopter. Mais le choix ne comporte pas un tel avantage. Il serait, au contraire, une source d'hésitation et ferait naître, en réalité, dans l'application de la loi, un risque d'appréciation subjective. Dans les gradations insensibles, en effet, qui séparent les situations où il existe avec certitude de celles où il fait défaut de façon indiscutable, on ne saurait à quel point exact il convient de s'arrêter ; l'examen de la jurisprudence a montré l'extrême difficulté de tracer, en cette matière, une limite certaine.

Si le choix ne peut pas raisonnablement faire croire à l'utilité d'une garantie supplémentaire de réparation, s'il ne présente pas, d'autre part, de qualités techniques de précision, la logique de l'interprétation permet, à son tour, d'en rejeter l'exigence. La loi assimilant, dans un même texte, maîtres et commettants, domestiques et préposés, les relations qui existent entre le commettant et le préposé doivent être analogues à celles qui unissent le maître au domestique. Or, si les maîtres, le plus souvent, choisissent eux-mêmes leurs domestiques, ce n'est pas là une règle absolue ; la désignation peut, en certains cas, émaner d'un tiers. D'autre part, le choix, même lorsqu'il a été directement effectué, ne représente pas, du point de vue juridique, la caractéristique véritable de leurs rapports. Ce sont les conditions dans lesquelles la fonction est remplie, non les conditions dans lesquelles elle a été confiée, qui doivent être prises en considération.

L'analyse que nous terminons démontre que le choix ne représente pas en droit positif, d'après les solutions de la jurisprudence, et ne doit pas représenter, du point de vue rationnel, le critère des rapports de commettant à préposé. Elle

démontre, de plus, qu'il ne représente pas même, et ne doit pas représenter, l'un des éléments de ce critère (1).

Cependant, il n'est pas toujours sans aucune influence. Il en est, en effet, pour lui, comme pour la dépendance sociale : il permet, en certains cas, de présumer l'existence du droit de direction (2). Sans doute, la thèse qui lie logiquement ces deux prérogatives et les considère comme inséparables est fausse sous une forme absolue (3), mais il reste vrai qu'on dirige, *en général*, plus facilement que d'autres les auxiliaires qu'on a personnellement choisis. Si donc la qualité de commettant suppose ce droit de direction, le choix, à défaut d'une démonstration certaine, pourra intervenir sur le terrain de la preuve (4). Mais, quant au fond du droit, il est désormais établi qu'il ne constitue, ni une condition suffisante, ni une condition nécessaire.

Il reste alors à apprécier la valeur du deuxième élément du critère classique, à voir si le lien de préposition découle du seul rapport d'autorité et de subordination.

§ 2. — *L'autorité.*

Malgré l'absence de définition légale et de tradition historique vraiment déterminante, d'une part, malgré l'impossibilité, d'autre part, de trouver un critère qui découle directement du fondement de la loi, l'interprète n'est cependant pas privé de tout guide.

(1) En ce sens : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 643 ; JOSSEBRAND, II, n° 510 ; LALOU, n° 489 ; H. et L. MAZEAUD, I, nos 879-880 ; RIPERT, *Rev. crit.*, 1909, p. 139 ; P. ESMEIN, *Rev. crit.*, 1924, p. 204 s. — Cpr. DEMOGUE, V, nos 886 s. ; BAGAT, p. 74 s.

Contra : tous les auteurs classiques, cités *supra* (en particulier p. 96, note 2), pour qui, si le choix a cessé d'être suffisant, il reste au moins nécessaire.

(2) Sur la présomption semblable qui peut être tirée de la dépendance sociale : *supra*, section II, p. 88-89.

(3) *Supra*, p. 92.

(4) Voy. *infra*, IV, chapitre I, p. 266-67.

Edictées, l'une et l'autre, par l'article 1384 § 5, la responsabilité du maître et celle du commettant se présentent comme deux aspects d'une même règle. Aussi étroitement unies, elles ne peuvent régir que des situations juridiquement très voisines. Là est, du point de vue rationnel, le principe directeur. Or, l'élément caractéristique, dans la situation du domestique, est l'état de subordination et de dépendance où il se trouve, résultant de l'obligation pour lui d'obéir, dans l'accomplissement de son travail, aux ordres que son maître est en droit de lui donner. Autorité du commettant, subordination corrélative du préposé, tels sont, par voie de conséquence, les éléments constitutifs du lien de préposition.

Qu'on ne tente pas de revenir, en se fondant sur cette comparaison, à la thèse de la dépendance économique et sociale ; qu'on n'objecte pas que, si un rapprochement doit être fait, c'est dans une orientation différente et qu'on doit entendre par préposé celui qui est économiquement ou socialement dans une situation semblable à celle du domestique. Lorsque la loi rapproche deux rapports jusqu'à édicter pour eux la même règle, c'est en raison et en fonction de leurs caractères *juridiques* communs, et non sur la foi des analogies quelconques qui existent entre eux.

La logique et l'unité nécessaires dans l'interprétation de la loi exigent donc qu'on ne considère comme préposé que celui-là seul qui agit sous la direction du bénéficiaire de ses services. Le préposé est ainsi, *quant au mode d'accomplissement de sa fonction*, dans la même situation vis-à-vis de son commettant que le domestique vis-à-vis de son maître. Mais c'est là le seul élément qui soit nécessairement commun aux deux hypothèses. L'analogie des deux rapports ne dépasse pas cette limite ; elle ne doit pas aller jusqu'à une assimilation complète.

La nature des services n'est évidemment pas semblable dans l'un et l'autre cas ; mais d'autres différences sont encore possibles. Ainsi, tandis que le travail du domestique n'est déterminé que dans son genre, rien n'empêche que celui du pré-

posé soit fixé *in specie* et consiste dans une tâche déterminée. De même, si l'activité de l'un est limitée aux actes matériels, il n'y a pas *a priori* d'obstacle à ce que l'autre ait pour rôle d'accomplir des actes juridiques ; peu importe que la nature du contrat en soit rendue différente si la subordination existe. L'absence de rémunération peut, elle-même, rester sans influence sur l'obligation d'obéissance. Aussi importantes que soient ces particularités, elles sont, de ce point de vue, indifférentes, pourvu qu'elles n'empêchent pas ce caractère commun, relatif à la fonction confiée, de se retrouver partout : action sous les ordres et sous la direction d'autrui.

Selon les cas, le préposé pourra donc être, socialement et juridiquement, dans une situation très différente de celle du domestique. Il suffit que l'un et l'autre exercent leur activité dans un même état de subordination. C'est par là, et par là seulement, que les deux situations sont équivalentes. Puisqu'il s'agit d'un travail exécuté pour le compte d'autrui, on ne doit, en effet, retenir que ce qui concerne le mode d'exécution de ce travail. D'autre part, la subordination est, dans les relations entre commettant et préposé, la seule caractéristique qui, se traduisant dans les faits extérieurs, puisse être invoquée par les tiers.

Imposé par la logique de l'interprétation, le critère fondé sur l'autorité découle encore de la nature des choses et des réalités économiques (1). Il est incontestablement impossible de s'en tenir à la seule exigence très générale d'une mission remplie pour autrui ; dans la multiplicité des rapports quotidiens et dans une économie qui repose sur la division du travail, tous ceux avec qui nous entrons en relations juridiques pour leur faire accomplir un acte de leur profession seraient nos préposés. Or, sous l'angle économique, l'esprit se refusera toujours à considérer comme tel celui qui, vis-à-vis de son co-contractant, garde toute son indépendance et toute sa liberté ;

(1) Cpr. ROUAST, *La notion de contrat de travail...*, *Recueil de droit commercial et de droit social*, 1929, p. 103, col. 1, qui montre que le critère de dépendance juridique tient compte des réalités économiques.

les rapports de commettant à préposé n'existent qu'autant que, dans la combinaison de deux activités, il n'y a pas égalité mais prédominance d'une volonté et d'une initiative sur l'autre.

A la valeur rationnelle que possède ce critère, s'ajoutent les avantages qu'il présente, du point de vue technique, grâce à la précision et à la facilité de mise en œuvre de l'idée d'autorité. Loin de correspondre à une notion fuyante, elle exprime une réalité concrète dont l'existence est facilement saisissable et peut être positivement démontrée (1). La tendance moderne, il est vrai, n'est pas très sensible à cette supériorité et préfère d'ordinaire une directive plus souple, laissant au juge une large initiative, devrait-elle être acquise au prix d'un certain arbitraire (2). Ni l'une ni l'autre de ces deux tendances ne doit être, en réalité, suivie sans discrimination ; le choix à faire entre elles est commandé par la nature de la règle à appliquer. Si celle-ci repose sur des considérations de morale ou de justice, la rigueur d'interprétation n'est pas souhaitable, et un certain degré de subjectivité dans l'appréciation ne comporte que des avantages. Si, au contraire, elle ne s'impose pas au regard de la logique et de l'équité, si elle se présente surtout comme une mesure de police juridique, la précision ne doit pas être sacrifiée à la recherche d'une souplesse qui, même portée au point extrême, ne masquerait jamais le caractère arbitraire de la loi. Or l'article 1384 § 5, auquel l'idée de justice reste étrangère (3), s'apparente à ce second type de dispositions.

D'autre part, *il s'agit de définir une notion juridique*, et la

(1) M. Dallant, lui-même, partisan de l'idée de dépendance économique, est cependant contraint de reconnaître que le critère de l'autorité conduit plus facilement à des formules « aptes à une expression positive » : note D. P. 1931.1.172, col. 2.

(2) Sur la très large liberté d'appréciation que le critère de dépendance économique, d'après ses partisans, laisserait au juge : voy. CUCHE, *Du rapport de dépendance...* *Rev. crit.*, 1913, p. 423.

(3) *Supra*, Partie préliminaire, chapitre II, section IV, p. 61.

première qualité requise d'une définition est la précision (1) ; elle doit être ferme avant d'être souple, ce qui ne l'empêche pas, nous le verrons, d'être nuancée.

Cette fermeté est enfin particulièrement nécessaire étant donnée la charge très lourde qui pèse sur les commettants ; l'incertitude, plus dangereuse et paralysante encore pour les initiatives, ne doit pas venir s'y joindre. Alors même qu'un critère étend la responsabilité, il est préférable aux autres s'il permet d'en connaître exactement le domaine. En confiant une fonction à autrui, on doit savoir, par les droits de direction qu'on se réserve, si on devient ou non commettant ; il n'est pas admissible que l'attribution de cette qualité dépende d'une appréciation impossible à prévoir. S'il est une matière où, selon l'expression de M. Teisseire (2), le droit n'ait pas seulement besoin de règles justes mais aussi de règles rigides, c'est bien dans les problèmes de responsabilité qui présentent un intérêt d'ordre social indéniable tenant aux répercussions qu'ils exercent sur l'activité économique.

L'exigence, comme élément constitutif du lien de préposition, d'un rapport d'autorité et de subordination, à laquelle conduisait l'interprétation de l'article 1384 § 5, se révèle donc encore satisfaisante du point de vue pratique. Ce critère n'encourra aucune critique s'il se concilie, en troisième lieu, avec le fondement de la responsabilité du commettant.

Il paraît indéniable qu'il s'adapte, dans la très grande majorité des cas, au but de la loi. S'il est vrai, en effet, que la garantie n'est nécessaire que lorsque l'auteur de la faute est incapable d'en réparer personnellement les conséquences, la subordination juridique fera très raisonnablement présumer l'existence d'une telle situation. Le degré de probabilité sera

(1) Cpr. PLASSARD, *La notion de salarié au sens de la loi des assurances sociales*, *Rev. crit.*, 1932, p. 353 : « Ce caractère (de précision) doit, surtout, appartenir aux concepts au moyen desquels l'interprète prétend délimiter une catégorie ou un domaine d'application. »

(2) TEISSEIRE, p. 307-308.

égal à celui qu'on obtiendrait en se fondant sur la dépendance économique et sociale ; de ce point de vue, les deux notions sont proches l'une de l'autre. A un certain niveau social, comme à un certain degré de puissance économique, on ne se place pas habituellement sous les ordres d'autrui.

La détermination d'un but de garantie est la seule conclusion positive qui ait pu être dégagée de la recherche du fondement de l'article 1384 § 5. Toutefois, cette disposition est susceptible, on le sait, de jouer un rôle préventif, et telle est la justification rationnelle la plus satisfaisante qu'on en puisse donner. Or, si l'on s'attache à cette idée de prévention des dommages, c'est par l'autorité qui lui appartient que le commettant est le mieux à même d'empêcher les fautes du préposé. C'est l'un des mérites de ce critère de conserver, dans les limites où le droit positif le permet, un reflet moral à une règle juridique établie avant tout dans un but utilitaire (1). Il n'y a donc pas contradiction entre le fondement de la loi, d'une part, son domaine d'autre part.

Satisfaire à la logique de l'interprétation, — présenter des qualités techniques de précision et de certitude dans la mise en œuvre, — se concilier avec le fondement de la responsabilité du commettant : telles étaient, d'après une analyse générale, les conditions auxquelles devait répondre le critère des rapports de commettant à préposé (2). Les directives ainsi dégagées conduisent à la conclusion suivante : ces rapports se définissent par l'autorité du commettant et la subordination corrélatrice du préposé.

Cette conclusion est sensiblement celle à laquelle on parvenait dans la thèse traditionnelle en écartant progressivement la condition de choix ; mais elle repose sur des arguments différents de ceux qu'invoquaient, pour la justifier, les auteurs classiques : on se souvient, en effet, qu'elle découlait pour eux

(1) Cpr. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, p. 878, note 1.

(2) *Supra*, section I, p. 74-75.

d'une présomption de défaut de surveillance pesant sur le commettant. C'est également l'idée d'autorité qu'applique, de façon habituelle, la jurisprudence, dont les décisions méritent, par suite, d'être, dans l'ensemble, approuvées.

Mais l'exigence très générale d'un rapport d'autorité et de subordination ne saurait constituer une base de décision assez nuancée pour résoudre la multiplicité des questions que révèle la pratique. Après avoir adopté, en principe, ce critère, il faut encore en préciser, par l'analyse doctrinale comme par l'examen des arrêts, le contenu exact ; il est nécessaire de déterminer les prérogatives qui doivent appartenir au commettant, le degré de subordination qui est requis en la personne du préposé.

Par cette recherche seront d'ailleurs mises en lumière les différences pouvant séparer, sur certains points, le critère qui est ici proposé de celui que suivait la doctrine classique. Les raisons de se fonder sur l'autorité n'étant pas, en effet, les mêmes dans les deux théories, cette notion ne sera pas nécessairement conçue, dans l'une et l'autre, de façon identique.

II

ANALYSE ET CONTENU DE L'IDÉE D'AUTORITÉ, CRITÈRE DES RAPPORTS DE COMMETTANT A PRÉPOSÉ

L'autorité s'entend normalement du *droit* qui appartient au commettant de donner au préposé des ordres auxquels celui-ci est tenu d'obéir. Elle n'est, le plus souvent, comprise qu'en ce sens ; aussi est-ce à l'étude du droit de direction, à la recherche des prérogatives exactes qu'il doit comporter, que sera consacré le premier chapitre de cette analyse.

Mais telle n'est pas la seule définition possible de la notion d'autorité. Elle peut encore être conçue comme le simple *fait* de donner au préposé des ordres auxquels il obéit bien qu'il n'ait pas contracté l'obligation juridique de les suivre. Or, la question se pose de savoir si, à l'égal d'un lien de droit, une situation de fait est susceptible de donner naissance au rapport de préposition. Ce problème, négligé par l'ensemble de la doctrine et que la jurisprudence ne résout pas nettement, sera étudié dans un deuxième chapitre.

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT DE DONNER DES ORDRES

Le droit de direction naît, le plus souvent, d'un contrat liant directement le préposé au commettant ; mais la source en peut, toutefois, être différente. En certains cas, par exemple, il dérivera d'un contrat passé entre le commettant habituel et un commettant occasionnel ; nous retrouverons, dans la deuxième partie de cette étude, le détail des difficultés qui se présentent alors (1). Il peut encore résulter d'une disposition légale ou réglementaire, dans la mesure où l'on admet que la Puissance Publique réponde du fait de ses agents en vertu des principes du droit civil. *Brevitatis causa*, nous supposons uniformément, dans la suite de ces développements, que le droit de commandement découle, lorsqu'il existe, d'un contrat conclu entre le commettant et le préposé.

Quelle qu'en soit la source, l'analyse de ce droit souève, en effet, les mêmes questions : quelle doit être, d'abord, son étendue ? Est-il nécessaire, d'autre part, que le commettant puisse matériellement l'exercer ?

Ces questions seront résolues successivement dans les deux sections de ce chapitre. Mais, avant d'en aborder l'examen, une observation d'ordre général doit être encore présentée.

Le rapport d'autorité et de subordination, — au sens d'un droit de donner des ordres et d'une obligation corrélative d'y

(1) *Infra*, Deuxième Partie, Chapitre I.

obéir, — n'est pas seulement le critère des rapports de commettant à préposé. Il représente également, dans la jurisprudence actuelle, l'élément distinctif du contrat de travail ou louage de services.

Ce n'est pas à dire qu'on ne doive considérer comme commettants et préposés que ceux qui sont liés par un tel contrat. Cette conclusion serait trop hâtive. En effet, la subordination ne caractérise vraiment le louage de services que par rapport à l'entreprise, qui, ne pouvant avoir trait, comme lui, qu'à l'accomplissement d'actes matériels, se définit, à l'inverse, par l'indépendance dans l'exécution. Mais rien ne prouve, *a priori* tout au moins, qu'elle ne puisse se retrouver dans d'autres contrats qui se différencieraient, à leur tour, du contrat de travail par d'autres caractères ; elle pourrait alors y figurer, soit encore comme élément essentiel, soit, plus normalement, comme élément contingent, en ce sens que, sans que la nature juridique du contrat en soit modifiée, elle existerait ou non selon les conventions des parties, les clauses de leur accord. Tel est, en particulier, le cas pour le mandat, qui, n'étant pas nécessairement exclusif de la subordination, se distingue du contrat de travail par son objet ; à la différence de l'activité du locateur de services, celle du mandataire est, en effet, limitée à la passation d'actes juridiques (1).

Cependant, lorsque, pour préciser le degré de subordination qui donne naissance au lien de préposition, on recherche la portée des ordres auxquels le préposé doit être tenu de se conformer, on constate que les exigences de la jurisprudence sont les mêmes pour que le contrat soit qualifié contrat de travail. Quand la fonction du préposé n'est relative qu'à des services matériels, il y a donc, le plus souvent, concordance entre le domaine de chacun de ces deux rapports juridiques. Aussi, en analysant le contenu du droit de direction du commettant, se trouve-t-on conduit à étudier incidemment la distinction du

(1) Voy. sur ce point : PLANIOL, RIPERT, ROUAST et SAVATIER, XI, nos 774, 909, 1430 et les références. Cpr., *infra*, III, chapitre I, section I, p. 215-216.

contrat de travail et du contrat d'entreprise ; inversement, les études consacrées à ce dernier problème et la jurisprudence à laquelle il a donné lieu peuvent aider à dégager, de façon plus exacte, le critère du lien de préposition.

De même, la question de savoir s'il est nécessaire que le droit de direction puisse être matériellement exercé par son titulaire se pose à propos du contrat de travail comme à propos des rapports de commettant à préposé.

C'est pourquoi il sera utile d'exposer, au cours de ce chapitre, les caractères du contrat de travail (1) ; pour déterminer, par comparaison, le domaine de l'article 1384 § 5, on ne s'y référera, d'ailleurs, que sous certaines réserves qui seront indiquées à propos de chaque point particulier.

SECTION I

Le contenu du droit de direction qui doit appartenir au commettant.

Toute autorité ne crée pas de rapports de commettant à préposé. Le droit de donner des ordres quelconques n'y suffit pas ; il faut encore que celui qui les reçoit accomplisse une tâche précise, remplisse une mission dans l'intérêt d'autrui.

Plus exactement, la qualité de commettant exige une double condition, l'autorité se décompose en deux prérogatives. Elle suppose le droit de fixer au préposé le but qu'il doit atteindre d'une part, les moyens qu'il doit employer, d'autre part, pour atteindre ce but. Il convient de rechercher successivement quelle est l'étendue de chacune de ces deux prérogatives.

§ 1. — Droit du commettant de déterminer le but assigné à l'activité du préposé.

Le principe selon lequel le lien de préposition n'existe entre deux personnes qu'autant que l'une a le droit de déter-

(1) Voy., en particulier, *infra*, section I, § 2, p. 128-135.

miner le but auquel tend l'activité de l'autre entraîne deux conséquences symétriques : il ne suffit pas, en premier lieu, de diriger l'exécution d'un travail pour être commettant ; il ne suffit pas, en second lieu, d'être tenu d'obéir aux ordres d'autrui pour être préposé.

La première de ces deux conséquences a trait à la situation des « préposés chargés d'un commandement » (1). Il existe, en effet, dans toute entreprise, une hiérarchie nettement établie. Depuis le maître de l'affaire jusqu'aux simples ouvriers, en passant, par exemple, par les ingénieurs et les contremaîtres, s'échelonnent tous les auxiliaires qui ont une initiative dans la réalisation de l'œuvre commune et commandent, par suite, à un nombre plus ou moins grand de ceux qui y participent. A un stade intermédiaire, on obéit et on dirige à la fois. Ainsi, le contremaître ne transmet pas simplement aux ouvriers les instructions qu'il reçoit, mais possède un pouvoir propre de décision. Préposé du chef d'entreprise, devient-il, en même temps, le commettant de ceux qui, selon la formule intéressante employée par un arrêt ancien dans une situation analogue (2), sont « hiérarchiquement placés sous ses ordres pour un service dont il est le chef sans en être l'entrepreneur » ?

La jurisprudence ne le considère pas comme tel. Aucune responsabilité ne pèse sur lui du fait des préposés qu'il dirige. Cette solution, couramment admise, s'applique dans des situations diverses (3), présentant toutes ce caractère fondamental :

(1) Sur cette question, voy. : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 644.

(2) Paris, 2 juil. 1846, *Jur. gén.* V° *responsabilité*, n° 620, note 1.

(3) Irresponsabilité : d'un directeur de prison du fait d'un gardien (Paris, 2 juil. 1846 précité), d'un proviseur de lycée du fait des surveillants (Tr. civ. Marseille, 18 mai 1870, D. P. 1872.2.131, confirmé par Aix, 17 déc. 1870 ; Tr. Hazebrouck, 29 août 1879, confirmé par Douai, 13 janv. 1880, D. P. 1881.2.83, 2^e espèce). *Adde* : Req., 4 mars 1903, S. 1903.1.471 (implicite) ; Crim. rej., 16 nov. 1929, *Gaz. Pal.*, 1929.2.1023 (implicite) ; Amiens, 29 mars 1930, D. H. 1930.271.

Dans le même sens : DEMOGUE, V, n° 888 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 644 ; H. et L. MAZEAUD, I, n° 890. Cpr. LALOU, n° 511.

De même, les préposés agissant sous la direction du représentant d'une

exercice d'une autorité au nom d'autrui, et, le plus souvent, par un supérieur sur un inférieur qui n'a pas été nommé par lui. Aussi, deux justifications en ont-elles été données jusqu'ici.

La plus simple est tirée de l'exigence classique du choix. Les préposés ne sont pas recrutés, en général, par les agents intermédiaires ; ceux-ci auraient-ils même effectué le choix qu'on pourrait l'attribuer juridiquement au patron en vertu d'une idée de représentation (1).

Pour les auteurs qui considèrent, au contraire, le rapport d'autorité et de subordination comme le seul élément constitutif du lien de préposition, il paraît moins facile d'expliquer la solution jurisprudentielle. C'est pourquoi ces auteurs ont été amenés à dire que l'autorité ne fonde la responsabilité qu'autant que son titulaire l'exerce pour son propre compte. Ainsi relèvent-ils, en quelque sorte, un critère double : chez le préposé la subordination, chez le commettant l'indépendance économique et sociale (2). Mais cette explication encourt un

personne morale engagent la responsabilité de la personne morale et non de son représentant : Voy. note PLANIOL sous Paris, 30 mai 1908, D. P. 1913.2.113.

Cpr. Caen, 11 janv. 1897, S. 1898.2.16 (irresponsabilité d'un fonctionnaire du fait de celui qui le remplace pendant les vacances) ; Tr. civ. Seine, 26 juin 1931, *Gaz. Trib.*, 1931, 2^e sem., 2.254 (irresponsabilité personnelle d'un syndic de faillite, du fait d'un employé au service de la masse).

Voy. pour la jurisprudence belge, Tr. comm. Liège, 7 mai 1928, *Revue générale des assurances et des responsabilités*, 1928, n° 336 et la note signée O.M.

Contra : Ch. réunies, 4 janv. 1866, D. P. 1867.1.84 (responsabilité d'un chef de gare du fait de ses employés) ; mais l'arrêt est fondé sur un texte spécial : arrêté du 27 prairial an IV. *Addé*, en matière de responsabilité pénale, où l'infraction pèse personnellement sur le préposé chargé d'un commandement : Tr. corr. Seine, 16 janv. 1931, D. H. 1931.189.

(1) Voy. parmi les décisions citées à la note précédente : Paris, 2 juill. 1846, Tr. Hazebrouck, 29 août 1879, qui se fondent expressément sur l'absence de choix. Cpr. DEMOGUE, *loc. cit.*

Sur l'attribution juridique du choix : *supra*, I, section II, p. 101-102 et PLANIOL, note précitée D. P. 1913.2.113 (2).

(2) En ce sens : P. ESMEIN, *Examen doctrinal*, *Rev. crit.*, 1924, p. 197 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 644 ; Cpr. BESSON (D. P. 1928.2.15, col. 1) qui relève aussi un critère double, mais en sens inverse : chez le pré-

grave reproche : il est illogique de l'adopter après avoir repoussé, d'un point de vue général, les notions d'ordre économique (1). Sans doute, s'exprime-t-elle en une formule suggestive permettant d'apercevoir la solution désirable, mais il est, pour atteindre celle-ci, un chemin plus sûr.

C'est seulement faute d'avoir analysé l'idée d'autorité avec une précision suffisante qu'on a cru nécessaire de faire une part subsidiaire à celle de profit. Si les préposés chargés d'un commandement n'encourent aucune responsabilité par application de l'article 1384 § 5, ce n'est pas parce que le droit de direction ne donne la qualité de commettant que sous certaines conditions ; c'est parce qu'ils ne possèdent pas les deux prérogatives que doit comporter ce droit (2). S'ils sont libres, en effet, de déterminer, en quelque mesure, les procédés qu'emploieront les préposés placés sous leurs ordres, le résultat auquel ils doivent les faire parvenir leur est imposé. Leur irresponsabilité est donc une simple conséquence du principe selon lequel le commettant doit avoir fixé lui-même le but auquel tend l'activité de son préposé.

Lorsque, par application de ce principe, le lien de préposition ne se forme pas entre un subordonné et son supérieur direct, le premier n'en possède pas moins la qualité de préposé. Mais le commettant est celui qui les a, l'un et l'autre, sous sa direction ; c'est, si l'on veut, le chef suprême de l'entreprise.

posé la dépendance économique et sociale, chez le commettant l'autorité. Voy. encore LALOU, n° 511, qui se fonde sur l'exigence d'un contrat entre commettant et préposé.

(1) L'objection peut être adressée en particulier à M. Esmein (*op. et loc. cit.*). L'imprécision d'un critère économique se fait encore sentir ici. Qu'est-ce que l'indépendance économique et sociale ? Quelle sera la situation du sous-entrepreneur ?

(2) Voy. l'explication assez différente de MM. H. et L. Mazeaud, I, n° 890 ; mais l'idée que le préposé doit *remplir une tâche incombant au commettant* reste vague. Au sens strict, une tâche n'incombe à une personne que lorsqu'elle est juridiquement tenue de l'accomplir : or, tel n'est pas le cas de toutes les missions que le commettant confie au préposé ; elles ne tendent pas toujours à exécuter une obligation assumée envers un tiers.

L'autorité qu'il exerce répond, en effet, aux conditions posées. D'une part, il détermine le but final que le préposé doit atteindre, et ce point ne fait pas de doute. D'autre part, il est libre également de lui imposer, par un intermédiaire, tels procédés qu'il désire le voir suivre. Le commettant répond donc, non seulement de ses préposés directs, mais de ses « sous-préposés » (1). Peu importe que ceux-ci aient été nommés par lui ou déjà par le préposé qui les dirige. Dans ce dernier cas, il n'y a pas même à distinguer suivant que ce préposé avait ou non reçu le pouvoir de procéder à la désignation. Même à défaut d'une nomination régulière, le sous-préposé se trouve, en effet, placé sous les ordres du commettant qui dirige indirectement l'activité de ce nouvel auxiliaire (2).

*
* *

Dans l'hypothèse envisagée jusqu'ici, le problème n'était que celui de la détermination du commettant. La qualité même de préposé était indiscutée en la personne du travailleur subordonné ; n'étant pas le préposé de son supérieur immédiat, il devenait celui du chef d'entreprise. Telle est la première conséquence du principe posé : celui-là seul devant

(1) Voy. en particulier : Req., 29 mars 1854, D. P. 1854.1.235 ; Crim. rej., 16 nov. 1929, *Gaz. Pal.*, 1929.2.1023.

(2) Désignation en vertu d'une délégation, Req., 5 nov. 1855, D. P. 1856.1.333, S. 1857.1.375 ; Tr. corr. Tours, 25 févr. 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 1^{er} sem. 2.372 ; Lyon, 13 mars 1912, *Gaz. Trib.*, 1912, 2^e sem. 2.174. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, IV, n° 2913, I.

Désignation sans délégation : Nancy, 5 déc. 1896, D. P. 1897.2.154, 2^e espèce (cocher se faisant aider par un ami) ; Tr. corr. Seine, 5 janv. 1892, *La Loi*, 15 janvier 1892 ; Req., 11 nov. 1919, *Gaz. Pal.*, 1919.2.347, *Rev. trim.*, 1920.350 ; Crim. rej., 21 déc. 1927, *Gaz. Pal.*, 1928.1.137.

Au cas de désignation sans délégation, on peut d'ailleurs s'appuyer, pour condamner le commettant, sur la faute commise par le préposé en ne remplissant pas lui-même sa fonction : Tr. corr. Seine, 5 janv. 1892, Req., 11 nov. 1919 et Crim. rej., 21 déc. 1927 précités ; Req., 6 mai 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.2.130, *Rev. gén. ass. terr.*, 1930.1009, *Rev. trim.*, 1930.1066.

Cpr. sur tous ces points : DEMOGUE, V, n° 892 et notes *Rev. trim.*, 1920, p. 350, *Rev. trim.*, 1930, p. 1066.

être qualifié commettant qui assigne un but obligatoire à l'activité d'autrui, il ne suffit pas de diriger l'exécution d'un travail pour être responsable des fautes de ceux à qui l'on est en droit de donner des ordres.

Réciproquement, il ne suffit pas d'être tenu d'obéir, dans des conditions quelconques, aux ordres d'un tiers pour être préposé. Cette deuxième conséquence du même principe présente une importance plus grande que la précédente. La question n'est plus, en effet, l'existence d'un lien de préposition étant certaine, de déterminer, entre deux personnes, le véritable commettant. On se trouve, au contraire, conduit à ne pas reconnaître la qualité de préposé à certains individus privés cependant d'une part de leur liberté d'action.

N'est préposé, en effet, que celui qui n'a pas fixé personnellement le but dans lequel il agit. C'est ce qu'on exprime, d'ordinaire, en termes plus concrets : n'est préposé que celui qui a été investi d'une fonction à remplir dans l'intérêt d'autrui (1). On résoudra, en se référant à cette idée, de nombreuses espèces pratiques, dont il suffit de donner deux exemples particulièrement caractéristiques.

Pendant une leçon de conduite d'automobile, le moniteur est incontestablement en droit de donner des ordres techniques à son élève (2). Mais celui-ci n'a reçu aucune mission ; c'est lui, au contraire, qui a chargé un professionnel de diriger ses débuts. Aussi ne saurait-il être considéré comme le préposé de son professeur, à la disposition de qui les moyens, non le but, ont été seuls laissés. Une analyse superficielle, ne distinguant pas les deux éléments que doit comporter l'autorité, ferait, au contraire, admettre ici l'existence du rapport de préposition. On cite, en ce dernier sens, des arrêts dont la portée

(1) DEMOGUE, V, n° 913 ; H. et L. MAZEAUD, I, n° 890. Cpr. SOURDAT, II, n° 887.

(2) Le contrat qui s'est formé entre l'élève et le moniteur contient nécessairement l'engagement du premier de suivre les instructions qui lui seront données par le second. Sans cet engagement, le spécialiste n'accepterait pas le risque qu'il court.

est d'ailleurs discutable (1) ; mais les critiques justifiées qui pourraient leur être adressées (2) ne portent pas contre l'idée d'autorité sainement interprétée et dont ils n'ont, à tort, relevé qu'un aspect.

Une difficulté, toute différente dans l'ordre pratique, se résout cependant par l'application du même principe. Le mari, d'après une doctrine et une jurisprudence constantes, ne répond pas, en cette seule qualité, des délits de sa femme (3).

(1) Paris, 16 mars 1920, D. P. 1920.2.116, S. 1923.1.389, 2^e espèce, *Rev. trim.*, 1921, 239 et, sur pourvoi, Crim. rej., 24 juill. 1920, D. P. 1921.1.30, S. 1923.1.389; Rennes, 12 févr. 1925, *Gaz. Pal.*, 1925.1.490, *Rev. trim.*, 1925.346. Mais, dans la première affaire, une faute personnelle est relevée à la charge du moniteur ; et, dans la seconde, bien que l'arrêt s'appuie sur un transfert de l'autorité et un déplacement parallèle de la responsabilité pour condamner le moniteur, il n'est pas absolument certain qu'il se base sur l'article 1384 § 5 (DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1925.346). Cpr. Crim. rej., 25 nov. 1922, S. 1923.1.140, *Rev. trim.*, 1923.773, et, en matière de responsabilité pénale, Crim. cass., 9 janv. 1930, D. H. 1930.118.

La seule base admissible de responsabilité dans ces hypothèses est l'article 1384 § 1, mais les arrêts précités ne paraissent pas l'avoir aperçu : par l'autorité qu'il exerce, le moniteur est, ou devient, gardien juridique de la voiture ; il est, comme tel, responsable. En ce sens : H. et L. MAZEAUD, I, nos 1176-1177. Pour ces auteurs, l'examineur, n'exerçant pas, à la différence du moniteur cette autorité, n'est pas gardien et, par suite, reste irresponsable.

Adde, sur cette question : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, p. 835, note 1 ; JOSSERAND, II, n° 544, *in fine* ; SAVATIER, note D. P. 1931.1.49 (II, 8°, p. 50, col. 2, *in fine*).

Cpr. pour une justification moins précise de la responsabilité : DEMOGUE, V, n° 913.

(2) Cpr. DALLANT, p. 108. Il est d'ailleurs, des résultats devant lesquels il faudrait s'arrêter. Qu'un chauffeur mette son patron au courant de la conduite, il ne peut être son commettant ; sinon, lorsqu'il conduit lui-même, il engagerait la responsabilité de son maître, et celui-ci deviendrait à son tour son préposé au moment où il prend la direction de la voiture sous sa surveillance. Le maître serait, comme élève, préposé du chauffeur dont il est le commettant comme propriétaire de la voiture. Il suffit de signaler l'hypothèse pour montrer l'impossibilité de pareil chassé-croisé.

(3) H. et L. MAZEAUD, I, n° 716 et les références, n° 890 ; E. H. PERREAU, *Rev. crit.* 1902.408 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1919, p. 503.

Req., 21 oct. 1901, *Gaz. Pal.*, 1901.2.614, *Rev. crit.*, 1902.408 ; Tr. civ. Seine, 23 sept. 1916, *Gaz. Trib.*, 1916.2.434, *Rev. trim.*, 1917.133 (motifs).

L'autorité qu'il exerce sur elle comme chef du ménage, n'étant pas relative à une fonction spéciale qu'il lui ait conférée, est insuffisante, en effet, à engendrer sa responsabilité. Mais l'article 1384 § 5 s'applique lorsqu'il l'a chargée d'accomplir une tâche déterminée (1), acquérant ainsi le droit qui doit appartenir à tout commettant : celui de fixer le but auquel tend l'activité de son subordonné.

Le lien de préposition supposant, ainsi que nous venons de le voir, que le commettant a confié une mission au préposé, la question se pose nécessairement de savoir si cette mission doit être permanente ou si elle peut, au contraire, être occasionnelle ou temporaire.

L'exigence d'une mission permanente n'a jamais, semble-t-il, été expressément formulée ; mais elle inspire, à des degrés divers, les solutions proposées par certains auteurs (2). Ainsi présentée, elle serait à la fois arbitraire et imprécise, car on n'aperçoit pas la limite qui séparerait ici le temporaire du permanent ; mais elle deviendrait concevable sous une forme différente. On pourrait, en effet, ne considérer comme préposé que celui qui doit une suite de services, non un service déterminé, c'est-à-dire celui dont le travail est fixé *in genere*, non *in specie*.

Pourtant, ce serait encore ajouter artificiellement à la loi. Déjà très discutable dans la définition du louage de services (3),

(1) En ce sens : DEMOGUE, *loc. cit.*, Tr. civ. Seine, 23 sept. 1916 précité ; Paris, 6 déc., 1917, D. P. 1919.2.43, *Rev. trim.*, 1919.503. Cpr. Req., 22 juill. 1891, D. P. 1892.1.5. Mais la préposition, dans les rapports entre mari et femme, se présume facilement : E. H. PERREAU, *loc. cit.*, p. 410 et les exemples donnés.

(2) DALLANT, *passim*, en particulier p. 97 s. pour le mandat (*adde*, p. 80 ; mais voy. toutefois dans une tendance différente : p. 145) ; BALLOT, *Revue pratique*, 1856, II, p. 317 s.

(3) Elle est cependant exigée par M. Pic (note D. P. 1931.2.44, col. 1). Mais pourquoi ne pourrait-il y avoir contrat de travail pour une opération déterminée, si elle est accomplie dans un état de subordination ? L'admettrait-on, en tout cas, que la règle ne serait pas nécessairement la même pour le lien de préposition ; la naissance de certaines obligations *inter partes*

cette condition supplémentaire est ici sans raison d'être. Aussi est-ce à juste titre que la jurisprudence ne l'exige pas (1).

L'opinion contraire repose d'ailleurs fréquemment sur une confusion. De deux choses l'une, en effet. Ou il existe un contrat, et le fait que son objet soit limité ne peut modifier la situation. Ou il n'y a pas de contrat, et c'est de cette absence de lien contractuel que résulterait, en réalité, s'il était reconnu, l'obstacle à la responsabilité. Sous cet angle, la difficulté est étrangère au caractère occasionnel de la fonction et sera retrouvée dans la suite (2).

Telles sont les conséquences du principe selon lequel le commettant doit fixer personnellement le but auquel tend l'activité du préposé.

En expliquant par la seule analyse de l'autorité les solutions relatives à la situation du préposé chargé d'un commandement et à celle du sous-préposé, ce principe leur assure une justification plus sûre que celle qui leur est habituellement donnée. L'inutilité de la condition de choix et des critères économiques dans les cas qui paraissaient les plus favorables à leur application est ainsi, de nouveau, mise en lumière et la critique de ces notions, que nous avons faite antérieurement, s'en trouve renforcée.

Le même principe permet, d'autre part, de repousser les conséquences inadmissibles de l'idée d'après laquelle un

peut être subordonnée à une continuité de rapports qui n'a pas à être exigée pour la responsabilité envers les tiers.

(1) Crim. rej., 24 oct. 1913, D. P. 1918.1.62 (2^e espèce), *Rev. trim.*, 1914. 118 ; Tr. Toulouse, 16 juill. 1916, *Gaz. Trib.*, 1917.2.212 ; Req., 26 févr. 1918, S. 1918-1919.1.119 (motifs) ; Req., 4 mars 1929, S. 1929.1.207 ; Colmar, 9 janv. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.1.452, *Rev. gén. ass. terr.*, 1930.355, note M. P., et, surtout, les arrêts rendus en matière de rapports de complaisance (*Infra*, III, chapitre II, p. 242-251).

Dans le même sens : DEMOGUE, V, n° 898 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 646 ; M. PICARD, note précitée, *Rev. gén. ass. terr.*, 1930.355.

(2) *Infra*, II, chapitre II, section II, p. 204-205.

devoir quelconque d'obéissance serait constitutif de la qualité de préposé ; il écarte donc quelques-unes des objections les plus graves qu'avait soulevées le critère de l'autorité.

Mais la détermination du but assigné à l'activité d'autrui n'est pas, à elle seule, génératrice du lien de préposition. Dans les notions corrélatives d'autorité et de subordination, une deuxième exigence est incluse : le commettant doit avoir le droit d'imposer au préposé les moyens qui lui permettront de remplir sa mission.

§ 2. — *Droit du commettant d'imposer au préposé les moyens à employer pour parvenir au but assigné à son activité.*

L'obligation où il se trouve d'employer les procédés qui lui sont imposés par le commettant permet de distinguer le préposé du travailleur indépendant. Lorsque celui-ci exécute un travail commandé par un tiers, il n'a pas, sans doute, l'initiative de son activité, il poursuit un but qui a été fixé par autrui, mais il reste libre dans le choix des méthodes. La situation du préposé se caractérise, au contraire, de ce point de vue, par son absence de liberté. « La responsabilité du fait du préposé, mise par l'article 1384 § 5 à la charge du commettant, précise l'attendu de principe le plus fréquemment exprimé par la Cour de Cassation, suppose que le commettant a eu le droit de donner au préposé des ordres ou des instructions *sur la manière de remplir les fonctions auxquelles il est employé* » (1). C'est par là que s'opère le rapprochement entre le contrat de

(1) Crim. cass., 20 août 1847, D. P. 1847.4.421, S. 1847.1.855 ; Crim. rej., 10 nov. 1859, D. P. 1860.1.49 ; Aix, 13 mai 1865, D. P. 1866.2.238 ; Douai, 26 déc. 1865, D. P. 1866.2.237, S. 1866.2.123 ; Dijon, 7 août 1868, S. 1868.2.315 ; Crim. rej., 30 déc. 1875, D. P. 1876.1.415, S. 1876.1.91 ; Req., 4 févr. 1880, D. P. 1880.1.392, S. 1880.1.463 ; Toulouse, 8 déc. 1881, *Gaz. Pal.*, 1881-1882.1.449 ; Tr. civ. Annecy, 1^{er} févr. 1884, *Gaz. Pal.*, 1884.1.922 ; Paris, 2 févr. 1884, *Gaz. Pal.*, 1884.1.695 ; Civ. cass., 25 oct. 1886, D. P. 1887.1.225, S. 1887.1.457 ; Tr. Verviers, 24 nov. 1886, *Pasicr.*

travail et le lien de préposition ; c'est par là qu'il devient possible de se placer à la fois sur les deux terrains (1).

Après avoir défini, dans l'article 1710, le louage d'ouvrage comme *un contrat par lequel une personne s'engage à faire*

1887.3.17 ; Aix, 10 mars 1892, *Gaz. Pal.*, 1893.2.716, 1^{re} espèce ; Crim. cass., 30 oct. 1902, D. P. 1904.5.592, S. 1902.1.544.

Adde les décisions qui expriment les mêmes idées sous une forme différente. Toulouse, 3 mars 1883, S. 1884.2.161 ; Toulouse, 16 avr. 1883, *Gaz. Pal.*, 1882-1883.2.2^e partie, p. 443 ; Paris, 10 avr. 1891, *Gaz. Pal.*, 1891.4.473 ; Tr. Bruxelles, 10 juin 1891, *Pasicr.* 1891.3.322 ; Cologne, 26 avr. 1892, D. P. 1894.2.85 ; Tr. civ. Seine, 27 déc. 1894, *Gaz. Pal.*, 1895.1.39 ; Riom, 2 juill. 1895, *Gaz. Pal.*, 1895.2.733 ; Pau, 27 nov. 1895, S. 1897.2.14, 2^e espèce ; Paris, 28 juin 1901, D. P. 1902.2.145 ; Civ. rej., 2 mai 1906, D. P. 1909.1.97 ; Tr. civ. Seine, 20 juill. 1906, *Gaz. Trib.*, 24 août 1906 ; Bourges, 20 mars 1912, *La Loi*, 30 mars 1912 ; Paris, 23 mars 1912, S. 1912.2.308 ; Toulouse, 8 juill. 1912, *La Loi*, 5 décembre 1912 ; Orléans, 28 juill. 1912, *Le Droit*, 14 août 1912 ; Paris, 30 janv. 1913, D. P. 1914.2.34, *Rev. trim.*, 1913.618 et, sur pourvoi, Crim. rej., 11 juill. 1913, D. P. 1918.1.62, S. 1920.1.43 ; Limoges, 26 juin 1916, *Gaz. Trib.*, 11 août 1917, *Rev. trim.*, 1918.110 et, sur pourvoi, Req., 20 févr. 1918, S. 1921.1.36, note Delpech, *Rev. trim.*, 1919.110, *Rev. crit.*, 1924.203 et les observations de M. P. Esmein ; Tr. civ. Uzès, 5 déc. 1923, *Gaz. Pal.*, 1924.1.567, *Rev. trim.*, 1924.346.

Bon nombre d'arrêts récents jugent inutile de formuler ce principe fermement établi ; ils se contentent fréquemment, tout en se laissant guider par lui, de relever les circonstances de la cause pour conclure directement à l'existence ou à l'inexistence du rapport de préposition. Mais le principe reste posé expressément dans le cas où le préposé est mis à la disposition d'un tiers : on cherche sous l'autorité de qui il se trouve placé (Voyez les arrêts cités *infra*, Seconde partie, chapitre II).

D'autre part, par réaction contre l'idée de dépendance sociale, certains arrêts des toutes dernières années s'expriment de nouveau avec une netteté absolue : Paris, 14 mars 1930, D. P. 1930.1.115, note Besson, 18 juill. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.2.674, *Rev. gén. ass. terr.*, 1931.72 ; Dijon, 24 juin 1931, D. H. 1931.530 ; Paris, 25 juill. 1931, D. H. 1931.528, *Gaz. Pal.*, 1931.2.653, sous note b), *Rev. gén. ass. terr.*, 1931.1027 (motifs) ; Crim. cass., 23 juin 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.2.463 (1^{re} espèce).

Adde les arrêts un peu moins formels de Crim. cass., 9 janv. 1931, D. P. 1931.1.171, note Dallant, S. 1931.1.358, *Rev. gén. ass. terr.*, 1931.356, 17 avr. 1931, D. H. 1931.302, *Gaz. Pal.*, 1931.2.57, *Rev. gén. ass. terr.*, 1931.835 ; Paris, 23 mars 1932, D. H. 1932.305.

(1) Cpr. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, p. 869, note 1 ; COLIN, *Détermination du mandat salarié*, thèse Paris, 1931, n° 62.

quelque chose pour une autre moyennant un prix convenu, le Code Civil distingue, dans l'article 1779, trois espèces principales de louage : celui des gens de travail, celui des voituriers, celui des entrepreneurs par suite de devis et marchés. Abstraction faite du louage, des voituriers qui ne présente pas de particularité spécifique, le législateur a donc prévu deux catégories de louage, mais n'a donné aucun principe de distinction. Cette insuffisance, qui s'explique par l'absence de précédents historiques (1), a donné lieu aux plus graves difficultés. La terminologie, elle-même, prêta un certain temps à discussion : louage de services, louage de travail ou contrat de travail d'un côté, louage d'ouvrage ou entreprise de l'autre (2). Bien qu'elle ne soit pas encore fermement fixée, elle tend de plus en plus à l'unité : le *contrat de travail* s'oppose au *contrat d'entreprise*.

Entre eux, le critère le plus naturel est tiré du mode de rémunération : salaire au temps pour le contrat de travail, paiement à la tâche pour le contrat d'entreprise. C'est encore celui que soutenait PLANIOL (3). Mais le développement des lois

(1) Ni le droit romain, en raison de l'esclavage, ni l'Ancien Droit français, en raison du régime corporatif et du régime des manufactures privilégiées, n'avaient eu à élaborer sur ce point de règles précises ; PLANIOL et RIPERT, II, n° 1828 ; PLANIOL, RIPERT et ROUAST, XI, n° 763.

Les auteurs classiques, pour préciser les caractères des deux espèces de louages, se sont cependant fondés sur la distinction romaine, entre la *locatio operarum*, où le contrat a pour objet le travail, abstraction faite de son résultat, et la *locatio operis faciendi* où l'on considère moins le travail comme tel que son résultat final (GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e édition, revue par F. SENN, p. 606), critère n'apparaissant d'ailleurs que comme probable (GIRARD, *loc. cit.*). La distinction des deux contrats d'après le mode de rémunération découle de cette analyse. Cpr. cependant PIC (*Traité élémentaire de législation industrielle*, 6^e édition, 1930, n° 870, et note D. P. 1931.2.41, col. 1) qui admet à la fois l'idée romaine et le critère de la subordination.

(2) PLANIOL, en particulier, se refuse à employer l'expression de contrat de travail : PLANIOL et RIPERT, II, n° 1826.

(3) PLANIOL et RIPERT, II, n° 1898. Cpr. sur le caractère en quelque sorte traditionnel de ce critère : CUCHE, *Du rapport de dépendance*, *Rev. crit.*, 1913, p. 413.

sociales devait en rendre impossible le maintien. Une évolution partant de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail et aboutissant à celle du 5 avril 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes a rompu les cadres de l'ancienne classification, et a fait pénétrer dans une même catégorie tous ceux qui exécutent leur travail dans un rapport de subordination à l'égard de celui qui le rémunère (1). Le contrat de travail devient, pour la jurisprudence, « celui par lequel toute personne qui n'exerce pas une profession libérale s'engage à travailler sous la dépendance et la subordination d'une autre qui s'oblige à lui payer un salaire calculé, soit à raison de la durée du travail (salaire au temps), soit à raison de la qualité ou de la quantité de l'ouvrage accepté (salaire aux pièces) » (2). C'est par cette subordination qu'il se distingue du contrat d'entreprise ; celui-ci suppose, à l'inverse, l'indépendance de l'exécutant.

La même notion, d'après plusieurs arrêts de la Cour de

(1) Voy. sur cette évolution CUCHE, *op. cit.*, p. 416 s. en particulier p. 420. Cpr. PLANIOL, RIPERT et ROUAST, XI, n° 770 ; COLIN, *Détermination du mandat salarié*, thèse Paris, 1931, n° 47 qui montrent l'impossibilité pratique de la distinction fondée sur le mode de rémunération : les deux modes peuvent être confondus.

(2) MARTINI, *La notion du contrat de travail*, thèse Paris, 1912, p. 97. Dans le même sens : PLANIOL, RIPERT et ROUAST XI, nos 767 et 772 ; JOSSEMAN, II, n° 1312 ; PIC, *Traité de législation industrielle*, n° 870 et notes D. P. 1931.1.121, D. P. 1931.2.40, D. P. 1931.2.113 ; COSTES, *Essai sur la nature juridique du contrat d'entreprise*, thèse Toulouse, 1913 et note S. 1928.1.65 ; COLIN, *op. cit.*, n° 56 s. avec quelques réserves ; FALCIMAIGNE, note D. P. 1927.1.141 ; ROUAST, note D. P. 1930.1.8 (II).

Voy. parmi les arrêts récents : Civ. rej., 24 avr. 1925, D. P. 1927.1.141, note Falcimaigne, S. 1928.1.65, note Costes ; Civ. rej., 14 août 1926, S. 1927.1.68 ; Limoges, 28 déc. 1926, *Gaz. Pal.*, 1927.1.510 ; Civ. rej., 9 janv. 1928, D. H. 1928.153 ; Tr. civ. Lyon, 9 janv. 1929, *Gaz. Trib.*, 1930, 1^{er} sem. 2.108 ; Civ. rej., 19 juill. 1929, D. H. 1929.473 ; Civ. rej., 29 avr. 1929, D. P. 1930.1.6 (1^{re} espèce) note Rouast ; Civ. rej., 27 mai 1930, S. 1930.1.386 ; Civ. rej., 8 juill. 1931, D. H. 1931.474. Cpr. Rouen, 12 mars 1930, D. H. 1931.28. Adde les arrêts rendus en matière d'assurances sociales, cités à la note suivante. Contra : CUCHE, *op. cit.* ; SAVATIER, notes précitées D. P. 1923.1.5 et D. P. 1924.2.73. Les arrêts où l'on avait cru voir une orientation nouvelle ne sont nullement probants, *supra*, I, section II, p. 88, note 2.

Cassation, constitue encore la base d'application de la loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales (1). Les directives favorables à la dépendance économique qu'une circulaire du ministre du Travail proposait à la jurisprudence (2) n'ont donc pas été accueillies par elle. Sans doute, à la suite du premier arrêt de la Chambre civile, en date du 6 juillet 1931, le gouvernement a-t-il déposé un projet de loi tendant à faire reconnaître la qualité de salariés à « tous ceux qui se trouvent, vis-à-vis de ceux qui les emploient, dans un rapport de subordination de fait ou de dépendance économique » (3). Mais la portée de cette définition, si elle acquerrait force législative, serait certainement limitée au domaine des assurances sociales. D'une part, en effet, le texte serait incorporé à la loi du 5 avril 1928 et porterait cette restriction : « au sens de la présente loi ». D'autre part, il ne définirait que le salarié et non le contrat de travail ; le cercle des assujettis dépasserait ainsi celui des individus ayant loué leurs services par un tel contrat, mais le critère propre de celui-ci demeurerait inchangé (4).

Alors même, en tout cas, qu'une définition nouvelle se ferait jour avec une portée générale, soit par voie législative, soit par revirement de jurisprudence, les solutions relatives à

(1) Civ. rej., 6 juill. 1931, D. H. 1931.489 ; Civ. cass., 22 juin 1932, D. H. 1932.393, *Gaz. Pal.*, 1932.2.392 (3 arrêts) ; Civ. cass., 30 juin 1932, *Gaz. Pal.*, *ibid.*, sous note c) ; Civ. cass., 1^{er} août 1932, S. 1932.1.334, *Gaz. Pal.*, 1932.2.691 (5 arrêts).

(2) Circulaire du Ministre du Travail, 23 août 1930, D. P. 1931.4.67.

(3) Projet de loi déposé le 12 novembre 1931 (Chambre, annexe n° 5623).

(4) Ce projet consacre très exactement l'opinion soutenue par M. Rouast (*La notion de contrat de travail et la loi sur les assurances sociales*, *Rec. Droit commercial et social*, 1929, p. 102 s.) ; le contrat de travail reste caractérisé par la subordination mais le terme de salariés a, pour l'application de la loi sur les assurances sociales, une portée plus large.

Voy. en sens contraire : PLASSARD, *La notion de salarié au sens de la loi des assurances sociales*, *Rev. crit.*, 1932, p. 346-363.

Adde, sur cette question : LESCUDIER, *La notion juridique du salarié*, thèse Paris, 1931 ; E. QUILICI, *Les bénéficiaires des assurances sociales*, thèse Grenoble, 1931.

l'article 1384 ne devraient pas être modifiées. La concordance entre le contrat de travail et le rapport de préposition n'existe que dans la conception admise actuellement par la jurisprudence et la majorité de la doctrine. Tandis qu'on n'est arrivé que progressivement, et surtout pour l'application de la loi du 9 avril 1898, à faire de la subordination l'élément spécifique du louage de services, elle a représenté beaucoup plus tôt le critère du lien de préposition. Les deux rapports juridiques ne coïncidaient pas à l'origine ; ils cesseraient à nouveau de se correspondre si l'un d'entre eux devait être défini par d'autres éléments.

A la question : « celui qui a passé un contrat d'entreprise peut-il être préposé ? » (1) la réponse négative ne s'impose donc que si l'on admet à la fois que le préposé est celui qui doit obéir aux ordres du commettant et que l'indépendance dans l'exécution est essentielle à l'entreprise. Si l'on cherche ailleurs, par exemple dans le mode de rémunération, dans l'offre de travail au public ou dans l'emploi de la main-d'œuvre d'autrui (2), le caractère distinctif de ce contrat,

(1) La question s'est presque toujours formulée dans ces termes : un entrepreneur peut-il être préposé ? (DALLANT, p. 64 et, parmi les auteurs classiques, SOURDAT, II, n° 892 ; DEMOLOMBE, XXXI, n° 622 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, IV, n° 2913). C'est confondre la qualité de la personne avec la nature du contrat : la profession d'entrepreneur suppose « l'emploi habituel du contrat d'entreprise » (Planiol et Ripert, II, n° 1899), mais n'empêche pas de passer d'autres contrats. Sous une forme critiquable, c'est ainsi d'ailleurs que les auteurs voient, en réalité, la difficulté ; par entrepreneur ils entendent celui qui a passé *en l'espèce* un contrat d'entreprise (Voy. par exemple Demolombe, *loc. cit.*).

(2) MODE DE REMUNÉRATION : critère ancien.

OFFRE DE TRAVAIL AU PUBLIC (le contrat de travail étant alors celui qui lie le travailleur à un ou plusieurs employeurs déterminés) : critère adopté par la Société d'études législatives, sur rapport de M. C. Perreau (*Bulletin*, 1905, p. 503 s.), repris par le Projet de loi déposé par le Gouvernement le 2 juillet 1906 (*Bulletin*, 1906, p. 507 s.), et par la commission du travail de la Chambre (*Le contrat de travail et le Code civil*, Association pour la protection légale des travailleurs, 1908, p. 252 s.).

Ce critère est, le plus souvent, très proche de celui qui caractérise l'entreprise par l'indépendance ; il y a normalement subordination lorsqu'on tra-

rien ne s'oppose *a priori* à une réponse affirmative (1).

Les changements de formules des arrêts le prouvent. Dans certaines décisions récentes, le raisonnement comporte, pour ainsi dire, deux degrés : examen des conditions d'accomplissement du travail concluant à la qualification du contrat, d'où l'on déduit l'application ou non de l'article 1384 suivant qu'il

vaille pour un employeur déterminé, absence de ce lien de dépendance lorsqu'on travaille pour le public (en ce sens : MARTINI, *La notion du contrat de travail*, thèse Paris, 1912, p. 215 s.). Il présente, cependant, une précision moins grande : sur les objections qu'il peut encourir, voy. PLANIOL, RIPERT et ROUAST, XI, n° 771.

EMPLOI DE LA MAIN-D'ŒUVRE D'AUTRUI à l'exécution du contrat qu'on a passé, soi-même : critère proposé par M. Groussier et adopté par l'Association pour la protection légale des travailleurs (*Le contrat de travail et le Code civil*, p. 140 s.).

(1) C'est pourquoi les auteurs anciens enseignent que, si l'entrepreneur n'est pas préposé, il le devient lorsque le donneur d'ouvrage s'est réservé la direction des travaux : DEMOLOMBE, XXXI, n° 622 s. ; HUC, VIII, n° 445 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, IV, n° 2913 ; SOURDAT, II, nos 892 s. ; LABICHE, p. 97 s. ; LOT, p. 193 s. ; CHEVALIER, p. 63 s. ; CAPRONNIER, p. 131 ; STOICESCU, p. 77 ; DEWISME, p. 24 s. ; THOYOT, p. 140 ; DEMARNE, p. 83 ; BASTIDE d'IZARD, p. 82 s. Ils se réfèrent évidemment à une notion de l'entreprise qui n'est pas nécessairement caractérisée par l'indépendance. Cpr. DEMOGUE, V, n° 896 ; H. et L. MAZEAUD, I, n° 896 qui se fondent, au contraire, sur cette indépendance. Voy. encore PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 646, p. 874, ne prenant pas parti sur la nature de l'entreprise mais posant clairement la question : la qualité de préposé peut exister quelle que soit la nature du contrat... louage de services, entreprise, à moins qu'on entende par contrat d'entreprise celui qui exclut la subordination.

Même différence de points de vue en jurisprudence. L'entrepreneur, en principe, n'est pas préposé : Crim. cass., 20 août 1847, D. P. 1847.4.421, S. 1847.1.855 ; Crim. rej., 10 nov. 1859, D. P. 1860.1.49 ; Caen, 15 mai 1865, S. 1865.2.264 ; Req., 17 mai 1865, D. P. 1865.1.372 (1^{re} espèce), S. 1865.1.326 ; Bourges, 23 janv. 1867, D. P. 1867.2.197 ; Lyon, 25 févr. 1867, D. P. 1868.2.109, S. 1867.2.353 ; Besançon, 6 déc. 1869, D. P. 1870.2.119 ; Req., 4 févr. 1880, D. P. 1880.1.392, S. 1880.1.463 ; Toulouse, 8 déc. 1881, *Gaz. Pal.*, 1881-1882.1.449 ; Civ. rej., 9 août 1892, D. P. 1892.1.567 ; Pau, 12 juin 1893, S. 1897.2.14, 1^{re} espèce ; Tr. civ. Gien, 16 juill. 1895, *Gaz. Pal.*, 1895.2.578 ; Pau, 27 nov. 1895, S. 1897.2.14, 2^e espèce ; Req., 7 janv. 1896, D. P. 1896.1.207 ; Pau, 1^{er} juin 1896, S. 1897.2.308 ; Req., 2 août 1897, D. P. 1897.1.612 ; Req., 29 déc. 1897, D. P. 1899.1.86 ; Bruxelles, 14 janv. 1899, *Pasier.*, 1899.2.192 ; Nancy, 10 nov. 1900, D. P. 1901.2.417 ; Tr. civ. Châtelleraut, 12 janv. 1904, *Le Droit*, 28 févr. 1904 ;

s'agit d'un contrat de travail ou d'un contrat d'entreprise. « Une telle organisation, énonce un arrêt de la Chambre criminelle du 13 janvier 1922, n'avait eu nullement pour conséquence de transformer en une entreprise le contrat de louage d'ouvrage et de services (contrat de travail) intervenu » (1). L'application à la cause de l'article 1384 n'est qu'une conséquence de cette qualification. Il en résulte, très clairement, que, s'il se fut agi, au contraire, d'un contrat d'entreprise, l'existence du lien de préposition n'eût pas été reconnue. Or, la jurisprudence ancienne considérait, au contraire, que la qualité d'entrepreneur à forfait n'est pas inconciliable avec celle de préposé (2). Le critère de cette dernière qualité, tel que le conçoit la Cour de Cassation, n'a pas varié dans l'intervalle, mais c'est la notion d'entreprise qui est devenue dif-

Poitiers, 8 août 1906, D. P. 1909.2.260, *Rev. crit.*, 1910.133 et les observations de M. Ripert ; Crim. rej., 13 janv. 1922, D. P. 1923.1.5 (implicite), note Savatier, *Rev. crit.*, 1924.193 et les observations de M. P. Esmein ; Tr. civ. Rennes, 11 janv. 1924, *La Loi*, 19 mars 1924 ; Nîmes, 23 janv. 1924, D. H. 1924.323 ; Limoges, 10 mars 1925, *Gaz. Pal.*, 1925.1.710. Cpr. Rabat, 31 déc. 1927, *Rev. trim.*, 1928.1025.

Mais, pour les arrêts anciens, il en est autrement s'il est surveillé dans l'exécution du travail : Paris, 30 janv. 1864, D. P. 1864.2.215 et, sur pourvoi, Req., 17 mai 1865, D. P. 1865.1.372 (2^e espèce) ; Orléans, 18 juill. 1867, D. P. 1867.2.136 ; Rouen, 17 févr. 1868 et, sur pourvoi, Req., 10 nov. 1868, D. P. 1869.1.133 ; Cass. Belge, 6 juill. 1868, *Pasicr.*, 1868.1.468 ; Chambéry, 23 déc. 1878, *Jur. gén. Suppl. v^o responsabilité*, n^o 764 (2) ; Amiens, 28 juin 1882, *Gaz. Pal.*, 1882-1883.2.2^e partie, p. 21 ; Douai, 6 mars 1883, D. P. 1885.2.135 ; Riom, 14 janv. 1884, D. P. 1885.2.116 (qui relève de plus une faute personnelle) ; Tr. civ. Annecy, 1^{er} févr. 1884, *Gaz. Pal.*, 1884.1.922 ; Civ. rej., 15 janv. 1889, D. P. 1889.1.49 ; Poitiers, 22 mars 1892, D. P. 1893.2.493 (sous entreprise) ; Paris, 11 avr. 1900, *La Loi*, 26 avril 1900 ; Bruxelles, 4 juin 1902, *Pasicr.*, 1903.2.272 ; Req., 4 mars 1903, S. 1903.1.471 (sous entreprise).

Cpr. pour la jurisprudence belge, Trib. civ. Termonde, 26 mai 1928, *Pasicr.*, 1929.3.19 et le commentaire de MM. Graulich et Laloux, *Rev. trim.*, 1930, p. 545.

(1) Crim. rej. 13 janv. 1922. D. P. 1923.1.5, note Savatier.

(2) Voy. en particulier, parmi les arrêts cités, *supra* : Req. 17 mai 1865 ; Req. 10 nov. 1868 ; Amiens, 28 juin 1882 ; Tr. civ. Annecy, 1^{er} févr. 1884 ; Civ. rej. 15 janv. 1889. Cpr. Crim. rej. 21 juill. 1898, D. P. 1899.1.125 ; Bruxelles, 4 juin 1902, précité.

férente. Aussi faut-il prendre garde, lorsqu'on invoque des décisions étrangères à la responsabilité du commettant, de n'attacher d'importance qu'à celles qui sont intervenues depuis l'élaboration jurisprudentielle définitive des notions opposées de contrat de travail et d'entreprise, c'est-à-dire, pratiquement, depuis la loi du 9 avril 1898 et pour son application.

* * *

Sous ces réserves, les notions d'autorité et de subordination constitutives, soit du contrat de travail, soit des rapports de commettant à préposé, doivent être maintenant précisées de façon concrète. Il suffira, pour cela, de les opposer, par approximation progressive, aux prérogatives d'ordre différent qui peuvent appartenir au maître de l'ouvrage, mais qui ne suffisent pas à lui faire acquérir la qualité de commettant ou à faire du contrat un louage de services.

Certaines décisions invoquent, de façon assez vague, un droit de surveillance et d'autorité sans en indiquer l'objet exact (1). Des décisions symétriques se fondent sur l'indépendance pour écarter la responsabilité sans en analyser les éléments (2). Mais, des constatations de la plupart d'entre elles résulte, de la façon la plus nette, l'exigence d'un contrôle du commettant sur les procédés employés par le préposé pour

(1) Civ. rej., 2 mai 1906, D. P. 1909.1.97 (police : responsabilité du maire); Toulouse, 8 juill. 1912, *La Loi*, 5 déc. 1912 (directeur commercial d'une société); Orléans, 28 juill. 1912, *Le Droit*, 14 août 1912 (agent d'une marque d'automobile rémunéré à la commission).

(2) Lyon, 25 févr. 1867, D. P. 1868.2.109, S. 1867.2.353 (entrepreneur : travaux pour une compagnie minière); Req., 8 août 1876, D. P. 1877.1.157 (commissaire expert près un tribunal de commerce); Bruxelles, 3 oct. 1888, *Pasicr.* 1889.2.133 (courtier de publicité); Paris, 10 avr. 1891, *Gaz. Pal.*, 1891.1.473 (fort à la halle); Douai, 11 nov. 1903, *Le Droit*, 10 janvier 1904 (courtier de publicité); Bourges, 20 mars 1912, *La Loi*, 30 mars 1912 (directeur d'un asile public d'aliénés, indépendant du département); Civ. rej., 23 avr. 1914, D. P. 1916.1.68, *Rev. trim.*, 1914.650 (sous agent ou courtier d'assurance); Crim. cass. 18 avr. 1921, S. 1923.1.161, 1^{re} espèce, (sur le 2^e moyen locataire d'une entreprise de jeux forains).

atteindre le but qui lui a été fixé. Obligation d'exécuter ce qu'ordonne le maître de l'ouvrage ; — possibilité pour celui-ci d'arrêter ou de suspendre le travail, d'où découle nécessairement, pour celui qui l'accomplit, l'obligation d'obéir aux ordres qui lui sont donnés ; — dans un autre ordre d'idées, réglementation des formalités que doit accomplir un caissier et organisation du contrôle de ses actes : ces quelques exemples (1) montrent quels sont les éléments le plus souvent relevés. Ils s'éclairent, d'autre part, par les précisions données en sens inverse dans les hypothèses où l'existence du rapport de préposition n'est pas reconnue : absence de surveillance sur les détails de l'entreprise, organisation des chantiers par l'entrepreneur seul, liberté commerciale d'un gérant de succursale (2). Il s'agit, en d'autres termes, de savoir si « le résultat final importe seul à celui qui a commandé le travail », ou s'il a entendu se réserver au contraire le droit d'en fixer les conditions d'accomplissement ; le préposé est celui qui agit sous l'autorité du commettant, « soumis à sa direction quant au mode d'exécution de l'opération » (3).

(1) Toulouse, 3 mars 1883, S. 1884.2.161 ; Douai, 6 mars 1883, D. P. 1885.2.135 ; Limoges, 26 juin 1916, *Gaz. Trib.*, 11 août 1917, *Rev. trim.*, 1918.110 et, sur pourvoi, Req., 20 févr. 1918, S. 1921.1.361, note Delpech, *Rev. crit.*, 1924.203 et les observations de M. P. Esmein.

(2) Tr. civ. Annecy, 1^{er} févr. 1884, *Gaz. Pal.*, 1884.1.922 ; Pau, 12 juin 1893, S. 1897.2.14, 1^{re} espèce ; Civ. rej., 6 juill. 1931, D. H. 1931.489 (rendu en matière d'assurances sociales). Cpr. Dijon, 24 juin 1931, D. H. 1931.530.

(3) Ces deux formules sont empruntées, la première à un jugement du Tr. civ. de Rennes du 11 janv. 1924 (*La Loi*, 19 mars 1924) la seconde à un jugement du Tr. civ. de Narbonne du 8 janv. 1913 (D. P. 1914.2.29, *Rev. trim.*, 1913.617) l'un et l'autre fortement motivés.

Voy. quant à l'absence d'autorité sur les modes d'exécution : Crim. cass., 20 août 1847, D. P. 1847.4.421, S. 1847.1.855 ; Crim. rej., 10 nov. 1859, D. P. 1860.1.49 ; Paris, 30 janv. 1864, D. P. 1864.2.215 et, sur pourvoi, Req., 17 mai 1865, D. P. 1865.1.372 (2^e espèce) ; Aix, 13 mai 1865, D. P. 1866.2.238 ; Crim. rej., 30 déc. 1875, D. P. 1876.1.415, S. 1876.1.91 ; Req., 4 févr. 1880, D. P. 1880.1.392, S. 1880.1.463 ; Toulouse, 8 déc. 1881, *Gaz. Pal.*, 1881-1882.1.449 ; Tr. civ. Annecy, 1^{er} févr. 1884, précité ; Pau, 12 juin 1893, précité ; Tr. comm. Seine, 30 nov. 1895, *Gaz. Pal.*, 1895.2.794 ; Pau, 1^{er} juin 1896, S. 1897.2.308 ; Req., 29 déc. 1897, D. P. 1899.1.86 ; Bruxelles, 14 janv. 1899, *Pasicr.*, 1899.2.192 ; Nancy, 10 nov.

Un certain nombre d'arrêts anciens opposent à cette autorité la surveillance qui est simplement destinée à assurer l'observation des règlements et l'exécution des travaux conformément aux conventions (1). Le principe de la distinction est posé par un arrêt de la Chambre criminelle du 20 août 1847. La compagnie des Chemins de fer du Nord ayant passé un traité à forfait avec un entrepreneur, l'un de ses agents devait veiller à ce que les travaux fussent exécutés dans les termes du contrat. Mais cet agent n'avait pas reçu le pouvoir de diriger l'entrepreneur quant à ses méthodes techniques ; en conséquence, la Compagnie, n'ayant acquis aucun droit de commandement à cet égard, ne pouvait être considérée comme responsable (2).

Cette distinction a été l'objet de vives critiques (3). On lui reproche de rendre le maître responsable ou non selon la

1900, D. P. 1901.2.417 ; Tr. civ. Châtelleraut, 12 janv. 1904, *Le Droit*, 28 févr. 1904 ; Poitiers, 8 août 1906, D. P. 1909.2.260, *Rev. crit.*, 1910.133 et les observations de M. Ripert ; Tr. civ. Rennes, 11 janv. 1924, *La Loi*, 19 mars 1924 ; Nîmes, 23 janv. 1924, D. H. 1924.323 ; Dijon, 24 juin 1931 précité ; Civ. rej., 6 juill. 1931 précité. — Cpr. dans le cas où un préposé est mis à la disposition d'un tiers : Tr. civ. Narbonne, 8 janv. 1913, D. P. 1914.2.29, *Rev. trim.*, 1913.617 ; Crim. rej., 1^{er} déc. 1916, D. P. 1917.1.119, *Rev. trim.*, 1918.111.

Voy. quant au contrôle sur les modes d'exécution : Orléans, 18 juill. 1867, D. P. 1867.2.136 ; Req., 10 nov. 1868, D. P. 1869.1.133 ; Toulouse, 3 mars 1883 précité ; Douai, 6 mars 1883 précité ; Riom, 14 janv. 1884, D. P. 1885.2.116 ; Civ. rej., 15 janv. 1889, D. P. 1889.1.49 ; Paris, 11 avr. 1900, *La Loi*, 26 avr. 1900 ; Paris, 23 mars 1912, S. 1912.2.308 ; Limoges, 26 juin 1916 et, sur pourvoi, Req., 20 févr. 1918 précités ; Orléans, 28 févr. 1929, D. H. 1929.278.

Adde : la plupart des arrêts cités *supra*, p. 127, note 1.

(1) Crim. cass., 20 août 1847, D. P. 1847.4.421, S. 1847.1.855 ; Lyon, 20 janv. 1863, D. P. 1863.2.199, S. 1864.2.1 ; Liège, 19 mai 1881, *Pasicr.* 1881.2.266 ; Tr. civ. Annecy, 1^{er} févr. 1884, *Gaz. Pal.*, 1884.1.922 précité ; Req., 29 mai 1900, D. P. 1901.1.265 ; Poitiers, 8 août 1906, D. P. 1909.2.260, *Rev. crit.*, 1910.133 et les observations de M. Ripert.

Voy. encore Nîmes, 23 janv. 1924, D. H. 1924.323 ; Cpr. Req., 2 août 1930, S. 1931.1.55 (pour l'application de l'article 7 de la loi du 9 avril 1888).

(2) Crim. cass., 20 août 1847 précité.

(3) DALLANT, p. 66 s. (voy. aussi p. 72, p. 87) et note D. P. 1931.1.173, col. 1.

cause du dommage, suivant qu'il résulte, par exemple, d'une inobservation des règlements ou d'une faute dans les procédés employés. Les principes y perdraient leur stabilité, le caractère d'obligation *ex lege* de l'article 1384 disparaîtrait, et l'on se trouverait amené à rechercher si une faute personnelle a été commise au sens de l'article 1382.

Ces objections sont loin d'être concluantes. Qu'il faille tenir compte de la nature de la faute pour condamner ou non le commettant, ce n'est nullement spécial à notre hypothèse. Lorsque le préposé est mis à la disposition d'un tiers, le commettant d'habitude et le commettant occasionnel exercent fréquemment sur lui une autorité différente ; l'incidence de la responsabilité varie alors suivant que le dommage se rattache à tel ou tel ordre de son activité (1). La notion d'exercice des fonctions requiert, plus certainement encore, la même analyse. Le commettant n'est pas tenu de réparer les conséquences de toutes les fautes du préposé, mais seulement de celles qui ont un certain lien avec la mission qu'il remplit (2). Sa responsabilité, aux termes mêmes de la loi, n'est pas, ne peut pas être, automatiquement mise en jeu. Il est toujours indispensable de faire deux parts dans l'activité du préposé ; pourquoi n'en serait-il pas de même ici ? La discrimination à faire est semblable dans ces différents cas.

Il n'est pas exact non plus qu'elle oblige à examiner si le maître de l'ouvrage a commis une faute personnelle de surveillance (3). La part de direction qu'il s'est réservée est considérée en elle-même. Il s'agit de savoir s'il existe, *dans leur nature*, un rapport entre l'acte du préposé et l'autorité du commettant, non de rechercher si la façon dont cette autorité a été exercée en fait, à un instant donné, a constitué une

(1) *Infra*, Deuxième partie, Chapitre I.

(2) Il n'est pas question de déterminer ici la nature de ce lien : acte accompli dans un certain but ou au temps et au lieu de la fonction. Mais, de toute manière, le principe est certain ; toute faute quelconque du préposé n'engage pas la responsabilité du commettant (*infra*, Deuxième Partie, Chapitre II).

(3) *Contra* : DALLANT, p. 72, et note D. P. 1931.1.173, col. 1.

faute. La comparaison se fait, pour ainsi dire, *in abstracto*.

Peut-être semblera-t-il contradictoire ou artificiel de se fonder sur le contrôle de certains actes sans se préoccuper de la façon dont il a été effectivement pratiqué. Mais la notion du droit de direction qui est ainsi dégagée découle nécessairement du caractère de la responsabilité édictée par l'article 1384 § 5 et de l'interdiction de la preuve libératoire. Le commettant n'étant pas admis à prouver son absence de faute, l'autorité qu'il possède doit être seule retenue, sans qu'on ait à s'attacher à la manière dont il l'exerce. On ne se demandera donc pas s'il s'est ou non préoccupé d'empêcher l'acte fautif *in specie*, mais s'il était en droit, de façon générale, d'interdire des actes semblables envisagés *in genere*. C'est en ce sens seulement qu'il est vrai de dire que la responsabilité *se mesure* sur l'autorité (1).

Si les critiques que nous venons de réfuter ne sont pas pertinentes, la distinction jurisprudentielle n'est cependant pas, dans la forme tout au moins, au-dessus de tout reproche.

Il est parfaitement légitime de distinguer la surveillance relative à la seule observation des règlements de l'autorité qui s'exerce sur les modes d'accomplissement du travail. Lorsqu'il est stipulé qu'un entrepreneur devra se conformer aux prescriptions d'un ordre de service, ainsi qu'aux instructions qui lui seront données dans ce but (2), l'autorité existe, et, avec elle, la relation de commettant à préposé, pour une catégorie donnée de fautes.

Au contraire, on ne conçoit pas ce qu'est le fait de veiller

(1) Paris, 30 janv. 1864, précité, D. P. 1864.2.215 : « Lorsqu'un entrepreneur exécute des travaux pour le compte d'un propriétaire, la responsabilité de celui-ci dans les accidents résultant de l'entreprise *se mesure sur ce qu'il s'est réservé de direction et d'autorité*. Si l'entrepreneur est placé *pour une part* sous la surveillance directe du propriétaire, celui-ci reste, *pour cette part*, responsable des travaux ». Cpr. Req., 17 mai 1865, D. P. 1865.1.372 (2^e espèce) rejetant le pourvoi formé contre cet arrêt.

(2) Voy. par exemple : Poitiers, 8 août 1906, précité, D. P. 1909.2.260, *Rev. crit.*, 1910.133 et les observations de M. Ripert.

à ce que l'ouvrage soit exécuté conformément aux conventions, dissocié du droit d'intervenir dans cette exécution. Pareille surveillance n'engendre, en réalité, la qualité de commettant pour aucune espèce de dommages, car elle ne donne aucune part de direction. *Autorité et surveillance ne sont pas, en effet, deux notions équivalentes.* La première exprime le côté actif, droit de donner des ordres, d'un rapport obligatoire dont le côté passif consiste dans l'obligation d'y obéir ou subordination. Mais à la seconde ne correspond aucune contre-partie ; il n'y a pas de *droit* de surveillance parce qu'il n'y a pas d'*obligation* corrélatrice d'être surveillé. Ce prétendu droit n'est, en quelque sorte, que l'exercice d'une faculté naturelle. En ce sens, il est vrai de dire qu'il appartient, sans stipulation particulière, à tout donneur d'ouvrage, celui-ci pouvant toujours suivre, par exemple, ce qui se fait sur les chantiers. Mais, s'il n'est pas complété par le droit d'intervenir dans l'exécution, il n'apporte, par lui-même, aucune restriction à la liberté de celui qui est surveillé. Ce n'est pas à dire que l'exercice d'une surveillance directe soit inutile. Elle permet de faire constater immédiatement les violations du contrat pour s'en ménager une preuve qu'il serait difficile de s'assurer plus tard ; mais elle ne peut être la source d'aucune responsabilité.

Toute idée de contrôle, en dehors du droit d'intervention purement technique, ne doit cependant pas être écartée. Mais la distinction qui traduit exactement la réalité est différente de celle qu'on rencontre dans les arrêts. Des ordres sont parfois donnés à propos de certaines précautions d'ordre général ; une telle autorité est vraiment constitutive de la qualité de commettant dans la mesure et dans les limites où elle existe elle-même ; celui qui l'exerce devient responsable des dommages tenant à l'inobservation des mesures de sécurité dont il était en droit d'imposer le respect au préposé. Une telle situation n'est d'ailleurs pas fréquente. Dans la grande majorité des cas, on rencontre une indépendance ou une subordination complète ; la réserve d'un droit de direction limité ne

se conçoit guère que de la part de compagnies industrielles puissantes.

Encore qu'elle ait rarement lieu de s'appliquer, une distinction valable peut donc être faite, selon que l'autorité porte sur les *conditions générales* ou sur les *conditions de détail* de l'accomplissement du travail. Dans l'un et l'autre cas, le rapport de préposition existe, mais, dans le second seul, il possède toute son étendue. C'est, pratiquement, cette distinction qu'applique la jurisprudence sous une qualification erronée. Mais, par la plus grande précision de l'analyse, se trouve dissipée la confusion qui fait déclarer aux uns que tout entrepreneur est surveillé, tandis que les autres affirment qu'il ne tolère aucune immixtion (1). Il n'est pas question pour eux du même droit. A la différence de la simple surveillance, l'autorité sur les conditions, mêmes générales, du travail, n'appartient pas à tout donneur d'ouvrage.

L'autorité requise en la personne du commettant suppose donc, en principe, le droit de diriger le préposé pour tout ce qui concerne la manière dont il remplit sa mission. Exceptionnellement, le simple droit de donner des ordres de portée générale suffit à faire naître l'obligation de réparer certaines catégories déterminées de dommages (2). Pour apporter à notre analyse de nouvelles précisions, nous négligerons désormais cette dernière hypothèse, nous en tenant, *brevitatis causa*, à la situation normale où les instructions obligatoires sont relatives, sans exception, à l'ensemble de l'activité du préposé.

(1) En faveur de la première opinion, SAVATIER, note D. P. 1923.1.6, col. 1. Cpr. DALLANT, p. 78 *in fine* ; COLIN, *Détermination du mandat salarié*, thèse Paris, 1931, n° 58.

Contra : COSTES, note S. 1928.1.66, col. 1.

(2) Si le contrôle général suffit à créer le lien de préposition relativement à une part de l'activité du préposé, il semble, au contraire, que l'autorité s'exerçant sur les détails de la méthode à suivre soit seule constitutive du contrat de travail. Dans le droit positif actuel il est donc déjà quelques situations de fait exceptionnelles où, alors même qu'il s'agit de l'accomplissement d'actes matériels, les deux notions ne coïncident pas.

* * *

Se définissant en un droit de direction et une obligation corrélatrice d'obéissance, le rapport d'autorité et de subordination constitutif du lien de préposition ne résulte pas de toute restriction, qu'elle qu'en soit la source, apportée à la liberté de l'exécutant. Il ne suffirait pas que les méthodes qu'il doit suivre aient été fixées par les clauses d'un contrat. N'est préposé que celui qui est tenu de se soumettre aux instructions d'autrui (1), à l'exclusion de celui qui doit seulement respecter les obligations précises qu'il a contractuellement assumées. De ce point de vue, trois conventions distinctes apparaissent possibles.

La subordination existe indubitablement si le contrat, accordant le droit de direction au donneur d'ouvrage, ne précise pas en quoi consisteront les ordres qu'il pourra donner et l'investit, en quelque sorte, d'un pouvoir discrétionnaire. Tel est normalement le cas lorsqu'un préposé est au service permanent d'un même maître ; sa situation se rapproche au maximum de celle du domestique, il est véritablement « l'œil et le bras au service de l'intelligence et de la volonté d'autrui » (2).

A l'inverse, si le contrat se borne à déterminer les conditions d'exécution du travail, il fait simplement naître une double obligation : atteindre tel but, mais l'atteindre par telle ou telle

(1) Mais il n'est pas nécessaire que ces instructions soient données en cours de travail ; elles peuvent l'être au moment de l'entrée en fonctions, ou, s'il s'agit d'une mission permanente, au moment où une tâche nouvelle est entreprise. Ce fait ne suffit pas à les faire entrer dans le champ contractuel, ne les transforme pas en clauses du contrat. Les conditions d'accomplissement ne sont pas débattues entre les contractants ; le contrat accorde à l'une des parties le droit de les fixer souverainement. *C'est ce droit qu'elle exerce immédiatement* avant que l'autre ait commencé à exécuter son obligation, au lieu de l'exercer progressivement par des interventions répétées au cours de cette exécution.

(2) BARTIN sur AUBRY et RAU, VI, § 447, note 15 *ter*, p. 382. Le plus souvent, le contrat, dans ce cas, ne précise pas non plus, l'objet du travail à effectuer. Celui-ci est fixé *in genere*, non *in specie*.

voie (1). Le donneur d'ouvrage pourra exercer tous les droits qui appartiennent à un créancier. Pour prendre une expression qui a été employée en notre matière, les parties « sont placées sous l'empire du contrat » (2). Mais ceci ne suffit pas à engendrer entre elles les rapports de commettant à préposé. Le plus souvent, d'ailleurs, les méthodes prévues n'ont pas été imposées à celui qui les emploie ; leur choix est son œuvre propre, c'est sur sa proposition qu'elles ont été adoptées et rendues obligatoires par leur intégration dans le contrat. Que son initiative soit par là restreinte, on ne saurait le nier, mais toute obligation contractuelle est une restriction à la liberté de celui qui l'assume.

Un dernier type de convention, intermédiaire entre les précédents, peut enfin se rencontrer, où l'on détermine, d'une part, les règles à suivre, mais où l'exécutant accorde, d'autre part, à son cocontractant le droit d'intervention nécessaire pour faire en sorte que ces règles soient effectivement respectées. Cette troisième hypothèse se rapproche de la seconde et diffère de la première en ce que les conditions du travail sont fixées par contrat préalablement à son accomplissement ; à l'inverse, le donneur d'ouvrage possède, comme au premier cas, un droit d'intervention directe au cours de l'exécution.

On pourrait être tenté de soutenir que l'existence de semblable contrat ne se conçoit pas en pratique. Dès l'instant, dirait-on, que les méthodes sont imposées par le contrat, elles n'ont pas à l'être une seconde fois par des ordres qui ne peuvent rien y ajouter. Au surplus, la désobéissance à ces ordres entraîne la même sanction que la méconnaissance des règles de la convention. Toutes deux, s'analysant en l'inexécution

(1) Telle est, par exemple, la situation de l'entrepreneur de constructions par rapport au client lorsque le contrat prévoit l'obligation d'employer tels ou tels matériaux de qualité déterminée. Sa responsabilité peut être engagée, alors même qu'il a rempli la première obligation (construire la maison) s'il n'a pas rempli la seconde. En pratique, on dira simplement qu'il n'a pas entièrement exécuté son obligation ; mais nous pensons qu'une analyse poussée permet de dissocier ainsi deux obligations distinctes.

(2) Lyon, 20 janv. 1863, D. P. 1863.2.199, S. 1864.2.1.

d'une obligation de faire, ne sauraient donner lieu qu'à des dommages-intérêts (1); lorsqu'on parle, en effet, d'instructions obligatoires pour le préposé, cela ne signifie évidemment pas qu'on puisse le contraindre matériellement à s'y conformer, c'est-à-dire à exécuter en nature l'obligation qu'il a assumée d'y obéir.

Ces critiques ne seraient pas pertinentes. Si la distinction est irréaliste pour un travailleur isolé, les différences apparaissent au contraire lorsque celui qui accomplit le travail emploie la main-d'œuvre d'autrui. Il s'agit alors de savoir si le donneur d'ouvrage a le droit ou non *de diriger les ouvriers de son cocontractant*. Ce droit ne lui appartient que dans l'hypothèse présentée en dernier lieu. Dans ces conditions, l'exécutant, n'étant plus maître de son entreprise, en ce sens que des ordres peuvent être donnés à ses ouvriers en dehors de lui ou qu'il peut être tenu de leur transmettre ceux qu'il reçoit, devient un préposé. Telle est, en particulier, l'analyse qu'il convient de donner, pensons-nous, des contrats conclus par les entrepreneurs avec des sociétés fortement organisées au point de vue technique et économiquement puissantes, les Compagnies de chemins de fer par exemple, et, plus généralement, des contrats par soumission passés avec un organisme qui entend se réserver une action directe sur les travaux (2).

L'analyse des situations créées par les différents types de conventions conduit donc aux conclusions suivantes :

Les rapports de commettant à préposé existent lorsque celui qui exécute l'ouvrage est tenu de se conformer aux instructions qu'il reçoit de son cocontractant, soit que, l'objet de ces ordres n'ayant pas été déterminé (première hypothèse), tous ceux qu'il reçoit présentent indifféremment le même caractère obligatoire, soit que, cet objet ayant été limité par le contrat (troisième hypothèse), ceux qui se concilient avec lui

(1) Article 1142 C. civ.

(2) Voy. la plupart des arrêts ayant reconnu, la qualité de préposés à des entrepreneurs : *supra*, p. 133, note 1.

et tendent à son exécution possèdent seuls un tel caractère. Au contraire, une simple limitation contractuelle de la liberté de choisir ses méthodes d'action (deuxième hypothèse) n'est pas constitutive de la qualité de préposé.

* * *

L'existence d'un droit de direction et d'une obligation d'obéissance, tels qu'ils viennent d'être définis et précisés, peut se concevoir quelles que soient les autres conditions d'accomplissement du travail.

Sans doute, la plupart des arrêts relèvent-ils, en outre, quelques-unes de ces conditions. Par exemple, le caractère forfaitaire du traité et le fait d'avoir recours à une main-d'œuvre étrangère qu'on dirige, au lieu de travailler seul, sont fréquemment invoqués dans les cas où ne se rencontre pas le rapport d'autorité et de subordination. Mais l'insuffisance de l'un et l'autre éléments se marque alors dans les motifs qui font appel à la fois à plusieurs considérations (1). Elle résulte surtout positivement d'autres décisions. D'une part, en effet, l'existence des rapports de commettant à préposé est admise par la jurisprudence quel que soit le mode de rémunération ;

(1) Voy. parmi les décisions attachant une certaine importance au *traité à forfait* pour écarter la responsabilité. Crim. cass., 20 août 1847, D. P. 1847.4.421, S. 1847.1.855 ; Crim. rej., 10 nov. 1859, D. P. 1860.1.49 ; Req., 17 mai 1865, D. P. 1865.1.372 (1^{re} espèce), S. 1865.1.326 (où tel semble l'élément essentiel de décision) ; Bourges, 23 janv. 1867, D. P. 1867.2.197 ; Req., 4 févr. 1880, D. P. 1880.1.392, S. 1880.1.463 ; Civ. rej., 9 août 1892, D. P. 1892.1.567 ; Pau, 27 nov. 1895, S. 1897.2.14, 2^e espèce ; Req., 2 août 1897, D. P. 1897.1.612 ; Limoges, 10 mars 1925, *Gaz. Pal.*, 1925.1.710 ; Civ. rej., 19 avr. 1929, D. P. 1930.1.6, 1^{re} espèce, note Rouast (rendu en matière d'accidents du travail).

Voy. parmi celles qui se fondent en partie sur le *choix et la direction d'auxiliaires* ; Bourges, 23 janv. 1867 précité ; Crim. rej., 30 déc. 1875, D. P. 1876.1.415, S. 1876.1.91 ; Req., 4 févr. 1880 précité ; Civ. rej., 9 août 1892 précité ; Pau, 12 juin 1893, S. 1897.2.14, 1^{re} espèce ; Tr. civ. Gien, 16 juill. 1895, *Gaz. Pal.*, 1895.2.578 ; Pau, 27 nov. 1895, S. 1897.2.14, 2^e espèce ; Tr. civ. Châtellerault, 12 janv. 1904, *Le Droit*, 28 février 1904 ; Nîmes, 23 janv. 1924, D. H. 1924.323 ; Limoges, 10 mars 1925 précité.

d'autre part, elle l'est également lorsque le préposé, recourant à des aides, est personnellement à la tête d'un organisme auxiliaire.

Le marché à forfait ou le salaire à la tâche ne s'opposent pas, tout d'abord, à la subordination (1). De plus, certains travailleurs rémunérés « à la moyenne », tels que les cochers et les chauffeurs, sont, le plus souvent, considérés comme préposés (2). Dans ce système, couramment employé, le cocher ou le chauffeur remet chaque jour à son patron une somme fixée d'après la moyenne des recettes journalières et il encaisse

(1) *Préposition malgré la rémunération à forfait ou le paiement à la tâche* : Aix, 13 mai 1865, D. P. 1866.2.238, S. 1866.2.285 ; Orléans, 18 juill. 1867, D. P. 1867.2.136 ; Cass. Belge, 6 juill. 1868, *Pasicr.* 1868.1.468 ; Req., 10 nov. 1868, D. P. 1869.1.133 ; Dijon, 24 juill. 1874, S. 1875.2.73 ; Amiens, 28 juin 1882, *Gaz. Pal.*, 1882-1883.2.2^e partie, p. 21 ; Toulouse, 3 mars 1883, S. 1884.2.161 ; Tr. civ. Annecy, 1^{er} févr. 1884 (motifs), *Gaz. Pal.*, 1884.1.922 ; Riom, 2 juill. 1895, *Gaz. Pal.*, 1895.2.733 ; Req., 31 juill. 1929, D. P. 1930.1.6, 2^e espèce, note Rouast (rendu en matière d'accident du travail).

Dans le même sens : AUBRY et RAU, VI, § 447, note 15 bis ; DEMOGUE, V, nos 899 et 901 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 646.

(2) *Préposition dans le travail à la moyenne* : les cochers et chauffeurs sont qualifiés préposés quel que soit leur mode de rémunération et, parfois, sans même qu'il soit constaté par les juges du fond qui le déclarent indifférent à la solution du litige : Aix, 6 janv. 1871, D. P. 1871.2.45 ; Paris, 2 févr. 1884, *Gaz. Pal.*, 1884.1.685 ; Paris, 3 avr. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913.2.46, *Rev. trim.*, 1913.833 ; Paris, 3 juill. 1923, D. P. 1924.2.48 ; Crim. rej., 23 janv. 1931, D. H. 1931.149, 2^e espèce, S. 1931.1.354, *Gaz. Pal.*, 1931.1.113 ; Lyon, 18 déc. 1931, D. H. 1932.182.

Adde en matière d'accidents du travail : Req., 23 juin 1903, D. P. 1904.1.139, S. 1904.1.487 ; Tr. civ. Seine, 1^{er} mai 1931, *Gaz. Pal.*, 1931.2.224 ; Tr. civ. Seine, 17 juill. 1931, *Gaz. Pal.* 1931.2.554. En matière d'assurances sociales : Tr. civ. Seine, 3 févr. 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.2.67 sous note a).

Dans le même sens : DEMOGUE, V, n° 901 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *loc. cit.* ; PLANIOL, RIPERT et B. PERREAU, X, n° 418.

En sens contraire dans une situation spéciale où le chauffeur agit de façon indépendante : Req., 9 déc. 1931, *Gaz. Pal.*, 1932.1.179, *Rev. gén. ass. terr.*, 1932.122, note A. R.

Cpr. la situation du préposé rémunéré par les pourboires : Tr. paix Paris 3^e arrt., 5 mai 1932, *La Loi*, 21 juin 1932. Voy. encore, pour une hypothèse où le salaire est payé en bloc à un chef d'équipe : Crim. rej., 13 janv. 1922, D. P. 1923.1.5, note Savatier.

ensuite à son propre compte le prix des courses qu'il effectue. Son gain se trouve ainsi représenté par la différence entre la somme versée et les sommes touchées. Le contrat apparaît, au premier abord, comme un louage de choses qui donnerait au locataire une pleine liberté dans l'usage de la chose louée. Mais, en réalité, le cocher est tenu de suivre les instructions qu'il reçoit ; il ne pourrait, par exemple, après avoir pris possession de la voiture, s'en servir pour son usage personnel sous le prétexte que le bénéfice de l'entrepreneur ne s'en trouverait pas modifié. Celui-ci, en effet, a entendu organiser un service fonctionnant régulièrement.

Le préposé ne perd pas davantage sa qualité lorsqu'il fait appel à des aides exécutant partiellement la tâche qu'il s'est engagé à effectuer : telle est la situation du tâcheron dirigeant un certain nombre d'ouvriers auxquels il paie directement leurs salaires et qu'il représente seul vis-à-vis du propriétaire ou de l'entrepreneur principal (1). Cette organisation paraît être fréquemment adoptée par les équipes de bûcherons.

Ainsi, le lien de préposition peut se former alors que la rémunération est forfaitaire ou que le préposé a lui-même des auxiliaires sous ses ordres. Ni l'une ni l'autre de ces deux conditions ne suffisant, à elle seule, à exclure la subordination, on pourrait être tenté de croire que leur présence simultanée aboutit seule à ce résultat. Un auteur l'a précisément soutenu, mais en ajoutant une condition supplémentaire à celles qui viennent d'être indiquées. L'indépendance apparaîtrait donc comme une résultante ; elle se manifesterait par trois éléments : rémunération à forfait, choix de la main-d'œuvre, fourniture de la matière première. La liberté de l'exécutant ne pourrait exister dès que l'un d'entre eux ferait défaut (2).

(1) Voy. en particulier : Paris, 23 mai 1911, S. 1912.2.196 (en matière d'accidents du travail). Cpr. Req., 4 mars 1903, S. 1903.1.471. *Adde* : les arrêts considérant le sous-entrepreneur comme préposé, *infra*, p. 148, note 2.

Cpr. sur ce point : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, p. 871, note 2.

(2) COSTES, *Essai sur la nature juridique du contrat d'entreprise*, thèse

Cette conception n'a pas été adoptée par la jurisprudence. En premier lieu, en effet, l'absence de l'un des éléments signalés ne fait pas toujours apparaître le rapport d'autorité et de subordination. Par exemple, non seulement, comme nous l'avons vu, le forfait ne suffit pas, mais encore il n'est pas nécessaire à constituer l'indépendance. Il en est de même pour les autres conditions du travail (1).

En second lieu, la subordination peut, au contraire, exister dans des hypothèses où tous ces éléments sont réunis. Très caractéristiques sont, en ce sens, les décisions selon lesquelles l'entrepreneur de travaux parfois importants est préposé s'il est soumis à la direction du donneur d'ouvrage (2). Il importe peu qu'il fournisse la matière première, recrute la main-d'œuvre et traite à forfait ; son indépendance n'est pas, pour cela, reconnue *ipso facto*. On ne s'attache, pour le qualifier ou non préposé, qu'à l'autonomie plus ou moins large dont il jouit par rapport à son cocontractant.

En résumé, l'indépendance ne résulte pas, pour la jurisprudence, de la réunion de trois conditions. Il est vrai qu'aucune

Toulouse, 1913, p. 152, et note S. 1928.1.65, col. 3. Pour cet auteur, la réunion de ces éléments n'est toutefois exigée que lorsqu'elle est possible en fait, c'est-à-dire lorsque le travail comporte la transformation d'une matière première et qu'il ne peut être exécuté par un unique travailleur ; seule, en définitive, la rémunération à forfait devrait donc être inéluctablement rencontrée dans toutes les espèces où il n'y a pas subordination.

(1) Entreprise malgré la rémunération au temps : Riom, 2 juill. 1895, *Gaz. Pal.*, 1895.2.733 ; Civ. rej., 19 juill. 1929, D. H. 1929.473. Voy. sur ce point : Rouast, note D. P. 1930.1.8, col. 2.

Tâcheron considéré comme entrepreneur : Civ. rej., 16 janv. 1922, S. 1922.1.277.

(2) Voy. les arrêts cités *supra* : p. 133, note 1.

La question se pose dans les mêmes termes pour la situation du sous-entrepreneur. L'entrepreneur principal devient ou non commettant suivant qu'il est ou non en droit de le diriger.

Voy. dans le sens de la responsabilité de l'entrepreneur principal : Angers, 16 mars 1868, S. 1868.2.315 ; Poitiers, 22 mars 1892, D. P. 1893.2.493.

En sens contraire : Liège, 19 mai 1881, *Pasicr.*, 1881.2.266 ; Civ. rej., 9 août 1892, D. P. 1892.1.567 ; Tr. comm. Seine, 21 sept. 1898, *Le Droit*, 8 octobre 1898 ; Req., 29 mai 1900, D. P. 1901.1.265.

ne suffit à la constituer, mais il est inexact que chacune d'elles soit nécessaire et que l'ensemble soit suffisant (1). Toutes ces solutions sont justifiées. C'est, en effet, une vue artificiellement théorique de prétendre que la liberté est toujours réduite si l'on est payé au temps, si l'on ne choisit pas ses auxiliaires ou si l'on ne fournit pas la matière sur laquelle on travaille. De même, c'est déformer la réalité de dire qu'elle est invariablement complète au cas contraire. Entre ces éléments et l'indépendance ou la subordination il n'existe pas de lien nécessaire ; ce sont des notions hétérogènes. La subordination consiste dans l'obligation d'obéir aux ordres reçus ; rien n'empêche, logiquement, cette obligation d'exister, quelles que soient, par ailleurs, les autres clauses du contrat. Sur le terrain de la preuve, à défaut d'une démonstration directe, certains éléments peuvent, sans doute, intervenir pour rendre le droit de direction vraisemblable ou non ; il reste d'ailleurs arbitraire d'en limiter alors l'examen à un nombre déterminé (2). Quant au fond, en tout cas, aucun d'entre eux ne saurait être exigé.

L'existence du droit de direction étant indépendante de l'ensemble des conditions d'accomplissement du travail et les prérogatives qu'il doit comporter ayant été ramenées, dans les dé-

(1) Cette conclusion est strictement exacte en ce qui concerne l'article 1384 § 5 ; celui-ci peut s'appliquer alors même que le préposé fournit la matière première, recrute la main-d'œuvre, est rémunéré à forfait. Elle appelle, au contraire, une précision en ce qui concerne la distinction du contrat de travail et du contrat d'entreprise : le contrat peut certainement être qualifié contrat de travail, bien que le travailleur choisisse la main-d'œuvre et soit rémunéré à forfait. Au contraire, le fait qu'il fournit la matière première ne permet cette qualification qu'autant que la matière présente, par rapport au travail, un caractère accessoire (Voy. MARTINI, *La notion du contrat de travail*, thèse Paris, 1912, p. 730). Ici encore la coïncidence entre le critère du contrat de travail et celui du lien de préposition n'est donc pas entièrement exacte. Ne cherchant à préciser que les caractères du second de ces rapports juridiques et n'étudiant le premier que de façon incidente, nous signalons ce point sans y insister (Cpr. *supra*, p. 141, note 2).

(2) *Infra*, IV, chapitre I, p. 264 s.

veloppements qui précèdent, à leurs termes les plus simples, il se présente jusqu'ici comme une notion irréductible (1).

Mais, s'il possède, en lui-même, un tel caractère, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il suffise à constituer l'autorité requise en la personne du commettant. On concevrait, en effet, que cette qualité ne fût, au contraire, reconnue qu'à celui qui, possédant un tel droit, peut, en outre, matériellement l'exercer. La question se pose donc de savoir si la *possibilité* de donner des ordres doit s'ajouter au *droit* de direction, comme un deuxième élément constitutif de l'autorité.

SECTION II

La possibilité, pour le commettant, d'exercer le droit de direction qui lui appartient.

Lorsqu'il a été impossible au commettant d'empêcher, en une circonstance donnée, la réalisation d'un dommage, il n'en conserve pas moins sa qualité et la présomption irréfragable qui pèse sur lui le laisse incontestablement responsable. Il est donc toujours indifférent de savoir s'il pouvait exercer une influence sur l'accomplissement d'un acte déterminé. Aussi convient-il de préciser quel est le problème exact étudié ici.

En recherchant si l'autorité suppose la possibilité de donner des ordres, on se place à un point de vue général ; on envisage la direction, par le commettant, de l'activité d'ensemble du préposé, telle qu'elle se déploie habituellement à son service. La question est, en d'autres termes, la suivante : la qualité de commettant appartient-elle à celui qu'un obstacle empêche, de façon régulière, d'exercer son droit de direction ?

A cette question, une solution de principe sera d'abord donnée (§ 1) ; elle devra être ensuite conciliée avec la règle habituellement admise selon laquelle certaines professions ne sont jamais exercées à titre de préposé (§ 2).

(1) Cpr. COLIN, *Détermination du mandat salarié*, thèse Paris, 1931, n° 57.

§ 1. — *L'inutilité d'un pouvoir matériel de direction.*

Les obstacles rendant impossible l'exercice du droit de direction semblent pouvoir tenir à trois causes différentes ; l'état de grève, pendant lequel les ordres donnés restent inefficaces, — l'éloignement du préposé par rapport au centre de l'entreprise, — le défaut de compétence technique, enfin, en la personne du commettant.

Ces trois situations paraissant, *a priori*, entrer dans le cadre de la difficulté étudiée seront toutes examinées. Une analyse plus précise montrera, sans doute, que la dernière seule soulève réellement le problème de la possibilité de donner des ordres ; mais on ne peut écarter les deux premières sans qu'elles aient été l'objet d'une étude critique.

* * *

La Cour de Cassation s'est prononcée, dans les conditions suivantes, sur les effets de la grève quant à l'application de l'article 1384 § 5. Au cours d'une grève de chemin de fer, une employée s'était refusée à ouvrir la barrière dont elle avait la garde, déclarant, dans des conditions injurieuses, aux gendarmes qui la sommaient de le faire, qu'elle n'obéissait plus qu'aux ordres de son syndicat. Sur les poursuites engagées contre elle par application de l'article 224 du Code Pénal, la Chambre criminelle, cassant un arrêt de la Cour d'Orléans, s'est refusée à admettre la responsabilité civile de la Compagnie (1). Les motifs de sa décision pourraient s'exprimer en un syllogisme : la grève est une cause de rupture du contrat de travail ; — sans contrat de travail il n'y a pas de préposé ; — donc l'ouvrier en grève cesse d'être un préposé. Si l'on admet le

(1) Crim. cass., 9 juill. 1921, D. P. 1922.1.217, note Nast, S. 1922.1.137, note J. A. Roux, *Rev. crit.*, 1924.199 avec les observations de M. P. Esmein.

point de départ, que ce n'est pas le lieu de discuter ici (1), ce raisonnement justifie fortement la solution ; le préposé devenant un tiers pour son patron, celui-ci cesse de répondre de ses fautes (2). L'inexactitude de la mineure du syllogisme est à ce point de vue sans importance ; s'il est vrai, en effet, que le rapport de préposition ne suppose pas nécessairement un contrat de travail, du moins, lorsque ce contrat existe, s'il cesse de produire ses effets, la responsabilité disparaît-elle avec lui. Mais, si l'on admet cette thèse, le contrat étant rompu, ce qui manque au commettant, ce n'est pas seulement la *possibilité*, mais aussi le *droit* de donner des ordres. La question que nous étudions n'est donc pas éclaircie.

Les annotateurs de l'arrêt ont démontré que sa décision s'impose, même si l'on estime, avec la doctrine, que la grève n'est pas une cause de rupture, mais seulement de suspension, du contrat. Il en est ainsi, selon M. Nast, parce que l'ouvrier qui se met en grève n'est plus dans l'exercice de ses fonctions (3). Mais l'exactitude de cette analyse est douteuse. Ce n'est, en effet, qu'au regard d'un acte concret que l'on peut dire si un préposé a agi ou non dans le cadre de la mission qui lui a été confiée. Il paraît difficile de considérer que tous les actes accomplis par lui pendant une période donnée seront uniformément en dehors de ses fonctions, sans qu'il y ait lieu de tenir compte de leur nature. S'il en est ainsi, c'est la qualité de préposé elle-même qui n'existe plus ; les fonctions ne peuvent être suspendues, pour ainsi dire, « en bloc », sans que le lien de préposition le soit également (4).

(1) Voy. quant aux effets de la grève sur le contrat de travail (suspension ou rupture) : PLANIOL, RIPERT et ROUAST, XI, nos 873 s. ; PLANIOL et RIPERT, II, n° 1896 bis ; COLIN et CAPITANT, II, n° 754 ; PIC, *Traité élémentaire de législation industrielle*, 6^e édition, 1930, nos 310 s. et les références.

(2) Pour cette analyse de l'arrêt, voy. : ROUX, note précitée, S. 1922.1.138, col. 2 et 3.

(3) NAST, note D. P. 1922.1.217, col. 2. Dans le même sens : P. ESMEIN, *Rev. crit.*, 1924.200.

(4) L'idée d'exercice des fonctions aurait pu encore être invoqué, en l'espèce, d'un point de vue entièrement différent. Abstraction faite de l'état

C'est d'une façon plus réaliste que M. Roux envisage la difficulté. En fait, note-t-il, l'obéissance n'existe plus. Or la responsabilité est la corrélation de l'autorité ; « que cette dernière vienne à cesser, et, en même temps, la première disparaît » (1). Ce serait là, semble-t-il, considérer que la possibilité de fait de donner des ordres est un élément constitutif de l'autorité. Mais il ne nous paraît pas justifié de recourir à une telle explication.

La suspension du contrat en suspend nécessairement les effets. Le droit qu'a le maître de diriger l'activité de celui qu'il emploie, n'étant lui-même que l'un des effets de ce contrat, est donc également suspendu. En face du préposé, le commettant est, à la fois, matériellement et juridiquement désarmé ; il perd le droit de lui donner des instructions, et, s'il prétendait le faire, elles seraient non seulement inefficaces, mais sans valeur juridique (2). Telle semble la justification à la fois la plus sûre et la plus simple de l'arrêt de la Chambre criminelle.

Si donc le commettant cesse d'être responsable, ce n'est pas parce qu'il est pratiquement dans l'impossibilité de se faire obéir ; c'est parce qu'il n'en a pas le droit. Indiscutable si l'on voit dans la grève une cause de rupture du contrat, cette idée

de grève, il est déjà douteux que des injures à un agent de la force publique soient unies aux fonctions du préposé par un lien suffisant pour engager la responsabilité du commettant. Peut-être, ce seul motif aurait-il pu suffire ; mais la légitimité de la solution aurait alors été douteuse, au regard de la jurisprudence très extensive sur la notion d'exercice des fonctions (*infra*, Deuxième partie, chapitre II). En tout cas, un tel raisonnement n'aurait pas permis de résoudre la question si elle s'était posée à propos du dommage causé à un particulier par le refus d'ouvrir la barrière. Dans le système, au contraire, de la Chambre criminelle, comme aussi dans celui de MM. Nast et Roux, et dans celui que nous proposerons nous-mêmes *infra*, l'irresponsabilité en cas de grève est générale.

(1) Roux, note précitée, S. 1922.1.138, col. 3.

(2) Il en résulte que la méconnaissance de ces instructions ne saurait donner lieu à responsabilité de la part de l'ouvrier ; son obligation d'obéir est temporairement suspendue. Cette solution s'impose, semble-t-il, lorsque la grève est licite ; au cas contraire, une responsabilité pèse bien sur les grévistes, mais le principe reste exact : cette responsabilité procède d'une autre source, découle directement du fait même de la grève.

apparaît moins nettement dans l'opinion contraire ; mais on la décèle facilement par l'analyse des conséquences que doit nécessairement produire la suspension de ce contrat. Quelle que soit, par conséquent, l'opinion qu'on adopte sur les effets de la grève, l'examen des difficultés qui en résultent ne permet d'apporter aucune réponse à la question que nous nous sommes posée. C'est par l'étude de situations différentes qu'il convient de rechercher si le commettant doit avoir la possibilité de diriger effectivement son préposé.

* * *

Lorsque les fonctions du préposé l'obligent à s'éloigner du commettant, la surveillance immédiate et l'exercice du droit de direction présentent évidemment d'assez grosses difficultés. Mais une présence de chaque instant n'est pas nécessaire ; un contrôle intermittent assure suffisamment le respect de l'obligation où se trouve le préposé d'obéir à son maître. Par exemple, les visites d'un entrepreneur de construction sur les chantiers lui permettent de jouir de ses prérogatives vis-à-vis de ses ouvriers.

Sans doute, ce contrôle lui-même est théorique en bien des cas, voire impossible parfois. Pour certaines fonctions, il n'y a pas de solution intermédiaire entre la surveillance ininterrompue, supposant qu'on accompagne le préposé, et l'impossibilité absolue de lui donner des ordres au cours de sa mission. Telle est la situation lorsqu'un chauffeur est parti seul pour effectuer le trajet qu'on lui a indiqué, et plus caractéristique serait encore l'exemple du capitaine de navire si nous ne considérions pas ce cas comme obéissant à d'autres principes (1). Cependant, même dans ces circonstances, le préposé peut recevoir des instructions, soit au moment où il entre en fonctions, soit au moment où, au cours de son service, une mission particulière, un travail spécial, lui sont confiés : au

(1) *Infra*, § 2, p. 182-88.

chauffeur, avant son départ, on indique la route qu'il doit suivre et la vitesse à laquelle il doit marcher, de sorte qu'il agit toujours sous la direction du patron (1). L'impossibilité n'est pas pour celui-ci de donner des ordres, mais seulement de s'assurer immédiatement qu'ils sont respectés. Or, pareille impossibilité se rencontre toujours à quelque degré. Lorsque le préposé travaille dans un établissement industriel, hypothèse la plus favorable à la surveillance, ni le patron, ni ceux qui exercent l'autorité en son nom ne possèdent la certitude d'être obéis. On ne peut tenir compte d'une difficulté simplement plus grande en raison de l'éloignement à avoir cette certitude. La possibilité de donner des ordres existe donc réellement malgré cette circonstance, en ce sens que l'exercice du droit ne rencontre pas d'obstacles. Si l'on adopte une distinction que nous avons proposée entre l'autorité et la surveillance (2), on dira que la seconde seule manque ici. Aussi, l'existence possible de rapports de commettant à préposé dans de telles conditions n'est-elle pas discutée (3). Les Tribunaux, le plus souvent, ne posent aucun principe formel. Ils ne constatent pas nettement que la fonction est remplie au loin, et ne précisent pas, par suite, que cette particularité reste sans influence sur l'application de l'article 1384 (4) ; mais, pour n'être pas formulée, la règle n'en est pas moins certaine. La jurisprudence la plus caractéristique en ce sens est représentée par les décisions qui, dans le cas où un préposé est mis à la disposition d'un tiers, se prononcent pour la responsabilité du commettant habituel (5).

(1) Voy. en ce sens : PLANIOL, note D. P. 1892.2.466, col. 1.

(2) *Supra*, même chapitre, section I, § 2, p. 140.

(3) PLANIOL, note précitée, D. P. 1892.2.465 ; DEMOGUE, V, n° 912.

(4) Voy. pourtant Angers, 25 janv. 1892, D. P. 1892.2.465 (1^{re} espèce), note Planiol : « la fonction du préposé ou du domestique peut être de faire, pour son commettant ou pour son maître, une chose l'obligeant à s'éloigner de celui-ci, et supposant, soit des instructions données seulement au moment de l'entrée en fonctions, ou au moment du départ pour l'accomplissement de la mission confiée, soit même simplement la croyance du commettant en une aptitude spéciale du préposé ». Cpr. la note de Planiol, sous cet arrêt, *in fine*.

(5) Sur cette jurisprudence, voy. *infra*, deuxième partie, chapitre I. On

Ainsi, dans le cas de la grève, l'irresponsabilité résultait de l'absence du droit de direction. En sens inverse, la possibilité de donner des ordres subsiste malgré l'éloignement. La situation caractéristique où le droit existe mais où un obstacle en empêche l'exercice ne se rencontre donc pas dans ces deux premières hypothèses. Par suite, ni l'une ni l'autre ne nous ont aidé à résoudre le problème qui fait l'objet de cette section : la possibilité de donner des ordres est-elle un élément nécessaire des rapports de commettant à préposé ? La portée de la question est plus restreinte qu'il ne semblait d'abord et nous n'y répondrons vraiment qu'en recherchant si le défaut de compétence technique s'oppose à la naissance de la qualité de commettant.

* * *

« Lorsque les fonctions du prétendu préposé, écrit M. Bartin, sont telles qu'elles impliquent chez lui la nécessité de connaissances personnelles, c'est-à-dire de connaissances d'ordre professionnel et technique, incommunicables au prétendu commettant, le pouvoir de commander, de contrôler et de surveiller disparaît, et, avec lui, la qualité même de commettant et celle de préposé » (1). Si une telle opinion devait être admise, les conséquences pratiques en seraient très importantes. Il n'est guère, en effet, de fonction qu'on puisse remplir sans un minimum de connaissances particulières. L'ouvrier non qualifié lui-même n'est considéré comme tel que parce qu'il effectue des travaux pour lesquels suffit une très courte période d'adaptation. Sans doute, le maître, quel qu'il

notera, de même, que les travailleurs à domicile, qui n'agissent pas sous la surveillance immédiate du patron, peuvent être considérés comme locataires de services s'ils sont tenus de suivre les instructions qu'ils reçoivent quant à leurs méthodes de travail, et s'ils sont soumis au contrôle de l'employeur une fois la tâche terminée. Voy. en particulier dans ce sens : Civ. cass., 22 juin 1932, D. H. 1932.393, *Gaz. Pal.*, 1932.2.392 (motifs) ; Civ. cass., 1^{er} août 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.2.691 (motifs), rendus en matière d'assurances sociales.

(1) BARTIN, SUR AUBRY et RAU, VI, § 447, note 15 *ter*, p. 382.

soit, peut-il toujours diriger de tels travaux (1) ; mais ce n'est pas qu'il soit nécessairement capable de les accomplir lui-même aussi bien que son auxiliaire. Cet exemple n'est donné que pour montrer la difficulté de déterminer le point à partir duquel le défaut de compétence personnelle empêche de diriger le travail d'autrui. A moins de s'en tenir à un point de vue très strict, mais évidemment impraticable, en exigeant la même profession chez le commettant et chez le préposé (2), tout devient question de degrés. Il est des activités dont les domaines se compénètrent, qui ont quelques points communs, dont l'une n'apparaît que comme une spécialisation de l'autre. Il faudrait alors comparer une compétence générale à une compétence spéciale ; on aperçoit, dès l'abord, le danger d'un critère aussi quantitatif.

L'intérêt pratique du problème étant connu, il convient de rechercher, puis d'apprécier, la solution qu'il a reçue en jurisprudence.

La question de la compétence technique est étudiée la plupart du temps sous un aspect particulier, provenant de la méthode qui consiste à énumérer un certain nombre de professions et à se demander, pour chacune, si elle donne la qualité de préposé : *un ouvrier ou un artisan d'une profession connue et déterminée est-il le préposé de celui qui lui commande un certain travail, alors que la profession du premier est étrangère aux connaissances du second ?* Théoriquement, la méthode est discutable car elle conduit à n'aborder la difficulté principale que d'une façon incidente (3). Il est cependant sans inconvénient de la conserver si l'on ne voit dans cette hypo-

(1) En ce sens : COLIN, *Détermination du mandat salarié*, thèse Paris, 1931, n° 54.

(2) En ce sens pourtant : Tr. corr. Douai, 6 août 1840, confirmé par Douai, 25 juin 1841, *Jur. gén.* v° *responsabilité*, n° 613, note 2.

(3) M. Martin (*loc. cit.*) est, sans doute, le premier à en avoir fait l'objet d'une affirmation distincte au lieu de l'aborder seulement à propos de questions particulières. Voy. aussi DEMOGUE, V, n° 897 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 646.

thèse qu'un exemple. Elle permettra, d'ailleurs, de dégager plus facilement la portée exacte d'une jurisprudence dont on a fréquemment tiré des conclusions trop hâtives.

Les Tribunaux exonèrent, en effet, le plus souvent, de toute responsabilité le particulier qui a recours aux services d'un travailleur spécialiste (1) ; mais cette irresponsabilité ne découle pas directement de son incompétence. Un certain nombre de décisions invoquent, sans doute, ce défaut de connaissances techniques, mais, seul, un jugement ancien du Tribunal de Douai a formellement déclaré que l'application de l'article 1384 § 5 devait être limitée aux cas où « les maîtres et commettants, exerçant la même profession que leur préposé, peuvent et doivent avoir une surveillance sur l'homme qu'ils emploient » (2). Les autres décisions se contentent de faire une place dans leurs motifs à cet élément et ne le relèvent que parmi d'autres considérations (3). Ceci pourrait déjà faire douter de l'importance réelle qu'elles lui attachent ; d'autre

(1) Voy. les décisions citées aux trois notes suivantes.

(2) Tr. corr. Douai, 6 août 1840, confirmé par Douai, 25 juin 1841, précité, *Jur. gén. v^o responsabilité*, n^o 613, note 2.

(3) Douai, 26 déc. 1865, D. P. 1866.2.237, S. 1866.2.123 (cassé par Civ., 27 mai 1868, D. P. 1868.1.404, S. 1868.1.299, sur une autre base, — faute personnelle —, point de vue auquel se place également, sur renvoi, Amiens, 24 févr. 1869, D. P. 1869.2.153, S. 1869.2.67) ; Riom, 2 juill. 1895, *Gaz. Pal.*, 1895.2.733 ; Tr. civ. Vervins, 13 nov. 1908, *Gaz. Pal.*, 1909.1.173, *Rev. trim.*, 1909.166. Voy. aussi : Limoges, 10 mars 1925, *Gaz. Pal.*, 1925.1.710.

Les deux premières décisions (Douai et Riom) contiennent textuellement le même motif : « Tel n'est pas le cas du propriétaire qui loue un ouvrier et lui donne à exécuter un travail de sa profession, alors surtout... qu'il n'a pas de connaissances spéciales dans le métier de l'ouvrier qu'il emploie. »

Dans le même sens : SOURDAT, II, n^o 890.

Cpr. dans une situation de fait différente, le rôle analogue de la compétence technique pour déterminer l'incidence de la responsabilité lorsqu'un préposé est mis à la disposition d'un tiers : Req., 7 nov. 1910, D. P. 1912.1.323, S. 1911.1.87, *Rev. crit.*, 1911.145 et les observations de M. Ripert ; Tr. civ. Narbonne, 8 janv. 1913, D. P. 1914.2.29, *Rev. trim.*, 1913.617 ; Crim. rej., 1^{er} déc. 1916, D. P. 1917.1.119, *Rev. trim.*, 1918.111 ; Rouen, 4 mars 1921, *Gaz. Trib.*, 1921.2.472.

part, cette interprétation se confirme si l'on observe qu'en certaines circonstances, les Tribunaux se contentent de constater le caractère accidentel de l'emploi et l'exercice, par le prétendu préposé, d'une profession déterminée (1).

L'incompétence de celui pour le compte de qui le travail est accompli ne constitue donc pas, à elle seule, un obstacle qui s'oppose à la naissance du lien de préposition. La même solution, en effet, doit être nécessairement donnée pour le travailleur isolé, dont il s'agit de fixer ici la situation, et pour l'entrepreneur au sens courant du mot. Il ne serait donc pas légitime de faire valoir pour l'un un argument sur lequel on ne se fondait pas pour l'autre. La question est une (2). Il ne pourrait y avoir de différence entre eux que si l'on se livrait à la recherche de la situation sociale, masquant le désir primordial d'assurer à tout prix l'indemnisation de la victime (3). Mais, le critère adopté étant celui de l'autorité, il s'agit uniquement de déterminer les conditions dans lesquelles le travailleur a engagé ses services, de savoir s'il a passé un contrat d'entreprise, en entendant par là celui dont l'indépendance est la caractéristique.

Or, le défaut de connaissances personnelles du cocontractant

(1) Douai, 17 juill. 1822 et, sur pourvoi, Req., 25 mars 1824, *Sir. chr.* ; Paris, 10 avr. 1891, *Gaz. Pal.*, 1891.1.473 ; Tr. comm. Seine, 30 nov. 1895, *Gaz. Pal.*, 1895.2.794 ; Tr. corr. Seine, 9 janv. 1907, *La Loi*, 27 févr. 1907.

(2) Ils sont entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent : argt. article 1779 C. civ. Voy. en ce sens : DEMOLOMBE, XXXI, n^{os} 622 s. ; SOURDAT, II, n^o 890 ; PLANIOL, note D. P. 1892.2.466, col. 1 : « Fût-il un simple ouvrier, travaillant isolément, il est un entrepreneur d'ouvrages, un industriel indépendant. »

Voy. encore : LOT, p. 62-63 ; CAPRONNIER, p. 133 ; DEMARNE, p. 80 ; ZINGHER, p. 64.

(3) Voy. ce souci particulièrement vif des intérêts de la victime chez LAROMBIÈRE, article 1384, n^o 10. Mais cet auteur ne critique pas, comme on a pu le croire (DALLANT, p. 135-136), la jurisprudence selon laquelle l'ouvrier de profession déterminée n'est pas, en général, préposé : il ne la critique qu'en tant qu'elle est fondée sur le défaut de compétence. Ses observations sont, d'ailleurs, essentiellement inspirées de la critique de l'arrêt de Douai, 25 juin 1841, précité, selon lequel commettant et préposé devraient exercer *la même profession*.

rend seulement vraisemblable cette indépendance de l'exécutant. Il est raisonnable qu'un particulier, faisant appel aux services d'un spécialiste, ne se réserve pas le droit de le diriger s'il est, en fait, incapable de le faire (1). Ainsi, l'incompétence n'est pas considérée comme le signe d'une impossibilité simplement matérielle de donner des ordres, s'opposant, comme telle, à l'existence des rapports de commettant à préposé : elle fait présumer l'absence de tout droit de direction. Elle n'a donc que la valeur d'un élément de preuve (2). Telle est la portée, assez restreinte, de la jurisprudence qui vient d'être étudiée.

C'est pourquoi, lorsque les faits et l'accord entre les parties démontrent qu'en une espèce donnée le spécialiste a renoncé à la liberté qui lui appartient normalement et accordé à son cocontractant le droit de lui donner des ordres, la présomption d'indépendance se trouvant détruite, il acquiert la qualité de préposé. Certaines décisions la lui ont, en effet, reconnue (3) ; elles ne s'opposent nullement aux précédentes mais confirment l'analyse que nous avons donnée de celles-ci : la compétence technique n'est pas requise en la personne du commettant.

Deux arrêts ont affirmé expressément qu'une telle condition était inutile (4). L'un, rendu par la Cour de Dijon, est particulièrement formel ; récemment, la même Cour s'est, d'ailleurs, prononcée à nouveau dans ce sens, en matière d'accidents du travail : « ce qui caractérise l'autorité dont doit être investi tout patron, c'est non pas la « possibilité » de donner des ordres, mais le droit de le faire et de subs-

(1) En ce sens : DEMOGUE, V, n° 897. Cpr. P. ESMEIN, *Rev. crit.*, 1924. 197.

(2) *Infra*, IV, chapitre I, p. 268.

(3) Paris, 10 mars 1892, *Gaz. Trib.*, 26 avr. 1892 ; Tr. simple police Paris, 2 avr. 1892, *Gaz. Pal.*, 1892.2.300.

Voy. LAROMBIÈRE, article 1384, nos 10 s. ; BAHGAT, p. 114 s.

(4) Bordeaux, 11 juill. 1859, D. P. 1860.2.23 (motifs) ; Dijon, 20 juill. 1927, D. P. 1928.2.13, note Besson.

tituer sa volonté à celle du travailleur quand il le juge bon » (1).

D'autre part, cette solution résulte implicitement d'un plus grand nombre de décisions. Celles qui n'admettent pas l'existence du lien de préposition constatent, le plus souvent, que le droit de direction n'avait pas été reconnu, en l'espèce, au maître de l'ouvrage ; de plus, elles déclarent parfois, dans leurs motifs, que la solution serait contraire si le contrat révélait l'existence d'une obligation de suivre les instructions reçues. D'autres consacrent la responsabilité de certains commettants sans se préoccuper de leur aptitude à diriger les auxiliaires qu'ils emploient, aptitude qu'ils ne possèdent certainement pas toujours : ainsi en est-il des propriétaires, répondant des bûcherons qui travaillent pour eux (2).

Enfin la qualité de préposé est habituellement reconnue, sans discussion, au spécialiste qui est au service permanent soit d'une entreprise, soit d'un particulier (3). La compétence d'un chef d'industrie n'est pourtant jamais générale ; il ne connaît pas le métier de tous ceux qui travaillent pour lui et, par exemple, de ses ingénieurs (4). Quant au particulier, nul n'exigera, pour le considérer comme commettant de son chauffeur, qu'il soit capable de conduire lui-même sa voiture.

De l'analyse objective de la jurisprudence, il ressort donc que la compétence technique n'est pas nécessaire à l'existence des rapports de commettant à préposé. Il reste à apprécier et à

(1) Dijon, 9 févr. 1932, D. H. 1932.210, *Semaine juridique*, 1932.970, note A. B.

(2) Constatation de l'indépendance : décision citée *supra*, p. 158, note 3. Réserve d'une subordination possible : Req., 25 mars 1824, *Sir. chr.* précité, qui pose très nettement la question. Responsabilité du fait des bûcherons sans que la question de compétence soit posée : Toulouse, 3 mars 1883, S. 1884.2.161 ; Crim. rej., 13 janv. 1922, D. P. 1923.1.5, note Savatier, *Rev. crit.*, 1924.193, et les observations de M. Esmein (Cpr. en matière d'accidents du travail, Req., 24 juin 1908, D. P. 1911.1.35, 1^{re} espèce).

(3) DALLANT, p. 145. Cpr. cependant DEMOGUE, V, n° 894, assez hésitant.

(4) En ce sens : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 646, p. 873, note 1.

justifier cette solution qui a été présentée jusqu'ici de façon purement descriptive (1).

On pourrait d'abord songer à soutenir que l'incompétence n'est pas un obstacle à l'exercice du droit de direction et qu'elle n'empêche pas d'ordonner certaines mesures de prudence propres à éviter la réalisation des dommages (2). On cite couramment, par exemple, l'accident d'automobile dû à un excès de vitesse, et l'on fait observer que celui-là même qui ne sait pas conduire peut parfaitement donner l'ordre à son chauffeur de marcher à une allure modérée. Ainsi, une fois de plus, on n'aborderait pas le fond du problème. On admettrait que, dans l'hypothèse étudiée, il était matériellement possible, pour le titulaire du droit de direction, de donner des ordres à son subordonné ; par suite, on ne déterminerait pas encore la solution applicable aux cas où cette possibilité ne se rencontrerait pas.

Mais une telle opinion est entièrement inexacte. Pour conserver l'exemple donné, le danger d'une vitesse déterminée est variable ; il dépend non seulement des circonstances extérieures, telles que l'état de la route, que chacun peut, à la rigueur, apprécier, mais aussi de la voiture elle-même, de ses caractéristiques et de son état d'entretien actuel. Pour exercer sur le chauffeur une autorité vraiment efficace quant à la prévention des accidents, non seulement la compétence technique générale s'impose, mais elle est à peine suffisante ; il faudrait encore avoir au moins la connaissance concrète des particularités du type auquel appartient la voiture.

(1) Se prononcent, en doctrine, pour l'inutilité de la compétence technique : LAROMBIÈRE, article 1384, n° 10 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 646 ; LOT, p. 190 ; DALLANT, p. 134 s. ; BAGHAT, p. 107 s., en particulier p. 117 ; BESSON, note D. P. 1928.2.15, col. 1. Cpr. COLIN, *Détermination du mandat salarié*, thèse Paris, 1931, nos 53-54-55.

Contra : BARTIN, sur AUBRY et RAU, VI, § 447, note 15 *ter* ; BASTIDE d'IZARD, p. 41-42. Cpr. DEMOGUE, V, nos 894 *in fine* et 897.

(2) En ce sens : DALLANT, p. 142 ; Bordeaux, 10 juill. 1859, D. P. 1860.2. 23 (motifs).

Si l'on veut traduire exactement la réalité, on reconnaîtra qu'il est impossible d'exercer effectivement un droit de direction sur un préposé dont on ne possède pas les connaissances (1).

Si donc les rapports de commettant à préposé existent, ou sont susceptibles d'exister, malgré l'incompétence, c'est que la possibilité de donner des ordres n'est pas un élément constitutif de l'autorité. Celui-là devient commettant qui, par l'effet de la convention intervenue, aurait juridiquement le droit de donner des ordres, et, pour employer les termes de la décision formelle de la Cour de Dijon, « le seul fait qu'il n'est pas en mesure de le faire ne suffit pas à lui enlever sa qualité » (2).

C'est avec la portée de principe qui lui est ainsi reconnue qu'on doit apprécier cette solution. Or, elle se justifie de deux points de vue différents.

L'exigence de connaissances personnelles aboutirait, d'abord, à supprimer pratiquement de nos lois l'article 1384 (3) : argument toujours proposé, dont la valeur n'est pas au-dessus de toute discussion, car il repose sur une considération de simple utilité. Mais, puisque c'est une raison de cet ordre qui motive elle aussi la responsabilité du commettant, il est nécessaire d'en tenir compte pour son application et de ne pas méconnaître les enseignements de la réalité économique. La spécialisation des fonctions et la division technique du travail s'opposent à une compétence égale du patron dans chaque branche de son entreprise. Quant au particulier, s'il a recours aux

(1) *Contra* : DALLANT, *loc. cit.* (p. 142).

(2) Dijon, 20 juill. 1927, D. P. 1928.2.13, note Besson, précité.

Voy. sur ce point la note de M. BESSON, p. 15, col. 1 ; *Adde* : COLIN, *Détermination du mandat salarié*, thèse Paris, 1931, n° 55 ; note A. A., S. 1931.1. 225.

Le défaut de compétence technique du commettant n'empêche pas que le préposé soit juridiquement tenu, sous peine de manquer aux obligations de son contrat, d'exécuter les ordres qu'il peut éventuellement recevoir de lui : note A. A., précitée, p. 225, col. 2.

(3) LAROMBIÈRE, article 1384, n° 10 ; Dijon, 20 juill. 1927 (motifs), précité, et la note de M. Besson.

services d'un spécialiste, c'est, le plus souvent, parce qu'il serait incapable d'exécuter lui-même la tâche qu'il lui confie (1).

Du point de vue rationnel, et c'est là l'argument décisif, la position à prendre sur cette question est commandée par les principes généraux de la matière. La preuve de l'incompétence ou, d'une façon plus générale, la preuve de l'impossibilité où se trouvait le prétendu commettant d'exercer son droit de direction aboutirait à la preuve de l'absence de faute. Or, celle-ci est prohibée. La solution adoptée par la jurisprudence apparaît donc comme une conséquence directe de l'interdiction de la preuve libératoire.

L'analyse logique avait d'abord permis de distinguer entre deux questions (2). Il était acquis qu'on ne doit pas se préoccuper de la manière dont le commettant a effectivement usé de son droit de direction en une circonstance donnée ; mais il restait concevable de rechercher si la possibilité générale d'exercer ce droit représentait un élément constitutif de l'autorité qui doit lui appartenir. Or, si ces deux questions se posent ainsi dans des termes différents, l'examen plus précis des faits a montré qu'elles devaient recevoir la même solution : la réponse que la loi fait à l'une commande celle que l'interprète est tenu d'apporter à l'autre.

Sans doute, aboutit-on ainsi, bien que l'on définisse le lien de préposition par le rapport d'autorité et de subordination, à rendre responsable celui qui ne pouvait pratiquement empêcher, par ses ordres, la réalisation du dommage. On pourrait en tirer un argument sérieux contre la solution donnée dans la thèse qui explique l'article 1384 § 5 par une présomption de défaut de surveillance et fait reposer sur ce fondement le critère de l'autorité. Dans la doctrine classique, on doit être logiquement conduit, par ces prémisses, à décider que l'incompétence technique est un obstacle à l'existence du lien de pré-

(1) Voy. Bordeaux, 10 juill. 1859 (motifs), D. P. 1860.2.23.

(2) *Supra*, même section, *in principio*, p. 150.

position, et les auteurs qui n'admettent par cette conclusion contredisent le postulat qu'ils ont posé (1). Mais telles ne sont pas, on le sait, les raisons véritables pour lesquelles les notions corrélatives d'autorité et de subordination doivent être adoptées comme critère des rapports de commettant à préposé (2). Parmi les avantages qui leur ont été reconnus, le rôle préventif qu'elles permettent à l'article 1384 § 5 de jouer tendrait seul à faire croire à la nécessité d'une maîtrise effective des actes du préposé. Mais, de l'idée de prévention des dommages, on ne tire en faveur de ces notions qu'un argument subsidiaire ; elles s'imposent surtout par la logique même de l'interprétation et par la précision que comporte leur mise en œuvre. Il n'y a donc aucune contradiction à décider que l'autorité ne suppose pas toujours la surveillance immédiate. La façon dont elle est conçue ici en augmente, au contraire, la valeur. En supprimant les recherches de fait que rendrait indispensables l'exigence d'une condition de compétence, on accentue la fermeté du critère, on restreint, au minimum, le risque d'appréciation subjective.

Que, du point de vue de l'équité, il y ait là quelque arbitraire, il serait impossible de le nier. Mais on doit se convaincre qu'une règle elle-même artificielle, et pure création du droit positif, ne peut comporter des limites qui satisfassent pleinement l'esprit (3). Cet arbitraire est la rançon des avantages que possèdent les dispositions créant une responsabilité sans faute prouvée : si elles sont socialement utiles, elles ne peuvent suivre en tout la justice. C'est ainsi, par exemple, que dans la matière de la responsabilité du fait des choses inanimées, la distinction entre la garde matérielle et la garde juridique aboutit à une conséquence analogue ; la responsa-

(1) Voy. en particulier sur ce point : CHIRONI, *Colpa extra-contrattuale*, I, nos 165 et 184.

(2) *Supra*, I, section III, § 2, p. 108 s.

(3) Cpr. P. ESMEIN, *Examen doctrinal*, *Rev. Crit.*, 1924, p. 203, qui présente cette observation à propos de la notion d'exercice des fonctions.

bilité pèse parfois sur celui qui n'a pas la maîtrise effective de la chose (1).

Par l'examen d'une question particulière, celle de la compétence technique, nous sommes donc parvenu à résoudre le problème plus large qui se posait à l'interprète : la possibilité matérielle de donner des ordres n'est pas un élément constitutif du lien de préposition. Celui-ci découle du seul droit de diriger l'activité du préposé ; il existe alors même qu'un obstacle s'oppose à l'exercice de ce droit.

C'est, au fond, la très ancienne opposition entre l'impossibilité absolue ou de droit et l'impossibilité relative ou de fait, celle-ci sans importance, celle-là exclusive de la qualité de commettant (2). Cette formule, très expressive, n'était critiquable qu'en tant qu'elle qualifiait d'impossibilité ce qui n'est autre chose qu'une absence de droit. Très suggestive est aussi la comparaison d'un auteur anglais (3) : le pouvoir légal de contrôle est au contrôle actuel ce que *l'animus* est au *corpus* dans la théorie de la possession. Mais on devra préciser qu'ici *l'animus*, droit plutôt encore que pouvoir légal, — cette expression restant ambiguë —, se suffit à soi-même.

Cependant, ces principes paraissent contredits par une solution donnée de façon quasi-unanime par la doctrine et la jurisprudence. Il est des professions qui sont considérées comme normalement incompatibles avec la qualité de préposé (4). Or, on a pensé que l'absence du lien de préposition s'expliquait par les connaissances très particulières qu'exigent ces professions et par l'impossibilité où se trouveraient des tiers incompé-

(1) Voy. sur cette question de la détermination du gardien : H. et L. MAZEAUD, I, nos 1155 s. *Adde* : H. MAZEAUD, *La faute dans la garde*, *Rev. trim.*, 1925, p. 832 s. ; BESSON, *La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses*, thèse Dijon, 1927 ; SAVATIER, note D. P. 1931.1.49.

(2) LAROMBIÈRE, article 1384, nos 10 et 11.

(3) POLLOCK, *The Law of torts*, fifth edition, 1897, p. 78.

(4) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 648.

tents de diriger ceux qui les exercent (1). Il est nécessaire de résoudre cette apparente contradiction.

§ 2. — *Les professions incompatibles avec l'existence
des rapports de commettant à préposé.*

La non-application de l'article 1384 § 5 dans les rapports entre les membres de certaines professions et ceux qui font appel à leurs services se justifie par l'existence, à la charge des premiers, d'une obligation légale d'indépendance. Elle résulte donc, non d'une simple impossibilité matérielle de direction, mais d'un défaut de droit.

Lorsque l'exactitude de cette explication aura été établie, la contradiction apparente qui vient d'être signalée disparaîtra. Les conclusions précédemment dégagées seront donc confirmées par une sorte de contre-épreuve.

*
* * *

La situation la plus caractéristique et la plus fréquemment étudiée est celle du médecin. La question de savoir s'il est préposé ne se pose pas pour les soins qu'il donne directement à ses clients, mais seulement pour ceux qu'il s'engage à donner à une catégorie déterminée de malades ou de blessés. Un tel engagement peut être pris envers une Administration hospitalière ou envers un chef d'industrie qui désire assurer la gratuité des soins médicaux à son personnel (2).

(1) En ce sens : BARTIN SUR AUBRY et RAU, VI, § 447, p. 382, texte et note 15 *ter*.

(2) La même question peut se poser pour le médecin chargé par un chef d'entreprise « de le renseigner sur l'état de la victime » dans l'application de la loi du 9 avril 1898 (contre-visite : article 4, alinéa 5). La solution serait identique à celle qui est donnée pour les deux cas classiques prévus au texte ; à notre connaissance, il n'existe pas de jurisprudence sur cette hypothèse particulière.

Ajoutons, pour donner une idée exacte de la question, telle qu'elle se présente en pratique, que le contrat entre un médecin et un industriel pour les soins à donner au personnel de celui-ci est appelé à disparaître par l'applica-

Selon une doctrine et une jurisprudence presque unanimes, le médecin ne devient pas, dans ces conditions, le préposé de l'Administration ou de l'industriel avec qui il a contracté (1). La discussion ne porte que sur les motifs de la solution.

Pour les rapports des médecins des hôpitaux avec l'Assistance publique, source des procès les plus fréquents, la jurisprudence a parfois trouvé un argument dans la nomination au concours, et, par suite, dans l'absence de choix (2). L'extrême fragilité d'un tel raisonnement apparaît si l'on se souvient de la façon très large dont cette condition est ordinairement interprétée (3). Pour admettre que le choix exercé par l'intermédiaire d'un jury de concours répond à l'exigence

tion du régime des assurances sociales, dominé, en matière médicale, par le principe du « libre choix » (Loi 5 avril 1928, modifié par la loi du 30 avril 1930, art. 4, al. 2). Il ne peut plus se rencontrer que pour les industries non assujetties.

Enfin, les solutions données dans ce chapitre pour les médecins s'appliquent également aux internes des Hôpitaux qui sont, eux aussi, nécessairement indépendants (Voy. toutefois, DEMOGUE, V, n° 894 et les références).

(1) Poitiers, 26 déc. 1892, D. P. 1893.2.349 ; Tr. civ. Seine, 27 déc. 1894, *Gaz. Pal.*, 1895.1.39 ; Rouen, 21 mars 1896, *Gaz. Pal.*, 1896.1.688 ; Lyon, 17 juin 1896, D. P. 1898.2.164 ; Turin, 21 déc. 1897, D. P. 1900.2.475 ; Liège, 11 mars 1899, *Pasicr.*, 1899.2.253 ; Bordeaux, 6 févr. 1900, D. P. 1900.2.470 ; Tr. civ. Seine, 15 déc. 1900, *Gaz. Pal.*, 1901.1.113 ; Grenoble, 29 oct. 1904, D. P. 1904.2.300 ; Dijon, 18 mars 1903, D. P. 1904.2.134, S. 1906.2.17, note E. H. Perreau (implicite) ; Tr. civ. Seine, 6 juill. 1906, S. 1907.2.22, *Gaz. Pal.*, 1906.2.334 ; Pau, 30 juin 1913, D. P. 1915.2.49, *Rev. trim.*, 1914.118 (implicite) ; Tr. civ. Seine, 14 déc. 1920, D. P. 1921.2.27 ; Bordeaux, 12 nov. 1930, *Journ. arrêts Bordeaux*, 1930.1.71.

DEMOGUE, V, n° 903 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 648 ; BARTIN, sur AUBRY et RAU, VI, § 447, note 15 *ter*.

CAPRONNIER, p. 127 ; DEWISME, p. 36 ; THOYOT, p. 140 ; DEMARNE, p. 87 ; BASTIDE D'IZARD, p. 35 s. ; BAGAT, p. 108 s. ; COLIN, *Détermination du mandat salarié*, thèse Paris, 1931, n° 55 ; E. H. PERREAU, note S. 1906.2.17.

Contra : Tr. civ. Seine, 24 janv. 1889, *Jur. gén. suppl. v° Hospice, Hôpitaux*, n° 253, note 1 ; ZINGHER, p. 61.

(2) En ce sens : Tr. civ. Seine, 27 déc. 1894 ; Bordeaux, 6 févr. 1900 ; Tr. civ. Seine, 15 déc. 1900 ; Tr. civ. Seine, 14 déc. 1920, précités. Dans les villes même où ils ne sont pas désignés au concours, les médecins des Hôpitaux ne sont pas nommés directement par l'Administration hospitalière, mais par le préfet.

(3) *Supra*, I, section III, § 1, p. 99-104.

posée (1), le détour serait certes moins subtil que pour reconnaître le même effet à l'acceptation d'un préposé nommé par autrui, voire à la simple utilisation de ses services. Aussi est-il surprenant, que, loin de paraître en régression, l'argument qui vient d'être discuté représente le motif unique de l'une des dernières décisions intervenues en la matière (2).

Mais les sociétés industrielles, en particulier les compagnies de chemins de fer, choisissent librement leurs médecins. Ceux-ci n'étant pas davantage préposés, les Tribunaux doivent reconnaître plus nettement l'indépendance qui leur appartient dans la pratique de leur art (3).

La jurisprudence présente, sur ce point, par rapport à celle qui a été étudiée dans le paragraphe précédent, des caractères très remarquables. Il s'agit, d'abord, ici d'une fonction permanente, et nous savons qu'en ce cas les connaissances qu'elle exige ne sont pas habituellement un obstacle à l'existence des rapports de commettant à préposé. D'autre part, les décisions ne se fondent pas sur un examen précis des circonstances pour constater le défaut de subordination (4). Assez brièvement motivées en fait, très généralisatrices en droit, on pourrait les qualifier de décisions de principe (5), et la conclusion suivante

(1) En ce sens : DEMOGUE, V, n° 894.

(2) Tr. civ. Seine, 14 déc. 1920, précité, D. P. 1921.2.27.

(3) Décisions précitées de Rouen, 21 mars 1896 (médecin de bord non préposé de l'armateur) ; Liège, 11 mars 1899 (société industrielle) ; Grenoble, 29 oct. 1901 (Compagnie de Chemins de fer). Même lorsque l'absence de choix est invoquée, la constatation de l'indépendance vient s'y ajouter : décisions citées aux notes précédentes, sauf Tr. civ. Seine, 14 déc. 1920. De plus, pour les médecins des Hôpitaux, les Tribunaux constatent parfois que le droit de révocation n'appartient pas à l'Assistance publique (Tr. civ. Seine, 24 déc. 1894, 15 déc. 1900, précités).

(4) Sur les décisions intervenues lorsqu'il s'agit de toute autre profession demandant des connaissances spéciales, voy. le § 1 de cette section. En ce cas, les Tribunaux reconnaissent parfois, dans leurs motifs, que l'existence du lien de préposition devrait être admise s'il y avait exceptionnellement subordination (*supra*, p. 162 s.). Il n'en est jamais ainsi pour le médecin.

(5) Sur l'importance exagérée attribuée parfois à la distinction entre arrêts de principe et arrêts d'espèce, voy. GÉNY, note S. 1930.2.99, col. 3. Mais cette distinction contient au moins ceci d'exact : parmi les *motifs*, il

semble s'en dégager : aucun médecin ne peut être préposé. C'est cette solution très générale qu'il convient de justifier.

Un argument, au premier abord assez sérieux, pourrait faire croire qu'elle s'explique par l'incompétence de celui qui contracte avec le médecin et l'impossibilité où il se trouverait de contrôler le traitement (1). Son irresponsabilité cesse, en effet, là où s'arrête le domaine de la faute professionnelle. Lorsque le médecin, au lieu de commettre une erreur de diagnostic ou de traitement, se rend coupable d'une négligence indépendante, en quelque sorte, de l'exercice de la médecine, lorsque, par exemple, il refuse simplement ses soins à un malade, les Tribunaux admettent l'application de l'article 1384 § 5 (2). S'il en est ainsi, est-on tenté de dire, c'est que le médecin peut alors recevoir des instructions : rien n'empêche un tiers, malgré son défaut de connaissances professionnelles, de lui donner des ordres relatifs à l'organisation générale du service (3). Dans le cas où son indépendance est, au contraire, reconnue, elle repose donc uniquement sur le caractère scientifique de la mission qu'il remplit.

Si ce raisonnement était valable, la jurisprudence qui dénie

en est qui sont étroitement limités à l'espèce, d'autres qui semblent avoir une portée générale. Dans le cas particulier, ce sont deux méthodes différentes d'affirmer que *tel* médecin n'agit pas sous l'autorité de tel industriel, ou de dire, comme on énonce un principe, que, lorsqu'un industriel charge un médecin de soigner ses ouvriers, il ne devient pas son commettant.

(1) Voy. la part expressément faite à cet argument par quelques décisions : Rouen, 21 mars 1896 ; Liège, 11 mars 1899, précités. En ce sens : BARTIN, sur AUBRY et RAU, VI, § 447, note 15 *ter*.

(2) En ce sens : Dijon, 18 mars 1903, D. P. 1904.2.134, S. 1906.2.17, note E. H. Perreau, précité ; Pau, 30 juin 1913, D. P. 1915.2.49, *Rev. trim.*, 1914.118, précité.

E. H. PERREAU, note précitée, p. 17, col. 1 et 2.

• Cpr. Paris, 10 mai 1929, D. H. 1929.419 (médecin de l'état civil préposé du maire).

(3) Cpr. Limoges, 25 oct. 1932, D. H. 1932.579, qui, pour considérer le médecin chef d'un asile privé d'aliénés comme bénéficiaire de la loi du 9 avril 1898, se fonde sur l'obligation où il est de suivre, en ce qui concerne l'organisation administrative du service, les instructions du Directeur de l'établissement.

normalement au médecin la qualité de préposé contredirait le principe, antérieurement dégagé, selon lequel il n'est pas nécessaire que le commettant ait la possibilité matérielle de diriger son préposé, principe d'où découle l'inutilité, en sa personne, d'une compétence technique particulière. Mais l'argument tiré ainsi de la concordance entre les limites de l'irresponsabilité et celles de la faute professionnelle peut être facilement réfuté. Dans les hypothèses, en effet, où une Administration a été condamnée à réparer les conséquences de la faute d'un médecin, il s'agissait d'une responsabilité *contractuelle* du fait d'autrui. En recevant un malade payant, l'Administration hospitalière s'engage à lui procurer les soins nécessaires; la même obligation lui est légalement imposée à l'égard des indigents qu'elle est tenue de recevoir. C'est de l'inexécution de cette obligation qu'elle répond, sans que le médecin soit préposé (1).

(1) En ce sens : E. H. PERREAU, *loc. cit.*, p. 17, col. 3 ; DALLANT, p. 139-140. La même obligation existe à la charge du patron qui assure les soins médicaux à ses ouvriers (hypothèse de Pau, 30 juin 1913, mais cet arrêt ne fait pas allusion à une obligation contractuelle, alors que les motifs de Dijon, 18 mars 1903, en tiennent compte).

Peut-être pourrait-on, sur cette base, faire répondre l'Administration hospitalière des fautes, même professionnelles, du médecin : si elle est tenue de faire soigner le malade, ceci doit s'entendre d'un traitement diligent. Dans la mesure où les soins donnés ne sont pas ceux qu'on pouvait raisonnablement attendre, son obligation ne serait pas remplie ; sa responsabilité serait donc exactement modelée sur celle du médecin (en ce sens, semble-t-il, mais très implicitement, DALLANT, p. 140).

Ce qui semble s'y opposer, c'est que la responsabilité personnelle du médecin est généralement considérée comme délictuelle (voy. sur ce point : DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, thèse Paris, 1931, n° 56 et les références données). La sanction de l'obligation de soigner avec diligence étant une responsabilité délictuelle, la sanction de l'obligation de *faire soigner* avec diligence est nécessairement de même nature. Dès lors, ce sont les règles de la responsabilité délictuelle qui sont applicables *en principe* ; mais elles ne peuvent être effectivement mises en jeu, parce que les conditions de l'article 1384 (autorité et subordination) ne sont pas réunies.

C'est dire que la solution pourrait être différente si, comme cela s'impose logiquement (DEMOGUE, VI, n° 181 ; DURAND, *op. cit.*, nos 56 et 57), le caractère contractuel de la responsabilité médicale était indiscutablement

Cette source de confusion écartée, le point de vue technique ne rend pas compte de la jurisprudence. Ce n'est pas à dire qu'il soit faux, mais il est insuffisant. On a noté, à juste titre sans doute, qu'un médecin « doit être nécessairement indépendant pour être consciencieux », qu'un traitement ne peut être efficace que s'il est pratiqué sous une direction unique, et que, dans un hôpital bien organisé, l'Administration doit laisser au médecin toute initiative et toute liberté (1). Ces arguments sont logiquement irréfutables, mais ils vaudraient également pour tous les cas où la compétence n'est pas égale entre commettant et préposé. Or, bien qu'il soit partout raisonnable d'éviter les immixtions inconsiderées dans l'accomplissement d'une mission spécialisée et que certaines professions, celle d'ingénieur par exemple, présentent un caractère scientifique aussi accentué que la profession médicale, ils n'ont pas emporté la décision. Ce n'est donc pas, ou tout au moins ce n'est pas seulement, parce que l'indépendance du médecin

reconnu, et à condition, par surcroît, que la distinction entre les responsabilités délictuelle et contractuelle du fait d'autrui fût, elle-même, nettement établie. Ces difficultés sortent du cadre de notre étude ; il fallait les signaler pour montrer qu'avec d'autres principes, on pourrait justifier d'autres solutions : on ne modifierait alors la réponse qu'en modifiant les termes du problème. Nous acceptons, au contraire, la façon dont on pose ordinairement la question : à supposer que les relations entre le malade et l'Hôpital soient susceptibles de laisser place, en principe, à une application de l'article 1384, nous recherchons les raisons de l'indépendance du médecin qui y fait obstacle.

Cette question conserve d'ailleurs, en tout état de cause, son intérêt. En faisant la place la plus large à la responsabilité contractuelle, elle se poserait encore pour tout ce qui ne fait pas l'objet du contrat, et, en particulier, pour l'action intentée par les parents du malade en réparation du préjudice subi par eux (voy. sur ces points, quant à la responsabilité personnelle du médecin : DURAND, *op. cit.*, p. 156-157). Elle continue en outre à se poser de façon tout à fait générale, entre les parties elles-mêmes, si l'on estime, avec une doctrine importante, que le cumul des deux responsabilités, ou, plus exactement, l'*option* entre elles, doit être admis pour la faute professionnelle (en ce sens : BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, thèse Lyon, 1930, n° 229 et les références ; voy. toutefois, comme entièrement opposé au cumul, DURAND, *op. cit.*, n° 153).

(1) E. H. PERREAU, notes S. 1924.2.57, col. 3, et S. 1906.2.17, col. 1.

s'impose rationnellement qu'il n'est jamais préposé. Cette nécessité logique serait parfois méconnue dans les faits. L'Administration hospitalière ou la Société industrielle entendraient, en certains cas, se réserver une part de direction (1); la possibilité resterait d'une organisation mauvaise et de l'efficacité juridique de l'accord qui la consacrerait.

L'indépendance ne repose donc pas seulement sur ces considérations contingentes. Elle s'impose comme une règle absolue; elle est, en réalité, d'ordre public: nul ne peut, par contrat, s'assurer le droit de diriger un médecin dans la pratique de son art (2). Il semble même que cette indépendance soit pénalement garantie. Emanant d'une personne non diplômée,

(1) Si cette direction se conçoit à peine au cas extrême où elle aboutirait à leur faire reconnaître le droit de décider du traitement, et, pour cela, d'intervenir dans le diagnostic et de le discuter, il ne faut pas manquer de tenir compte de tous les degrés intermédiaires qu'elle peut comporter, en particulier des restrictions à la liberté de prescription du médecin (exclusion de certaines spécialités par exemple). Ceci peut-être d'autant plus fréquent que l'industriel qui assure gratuitement les soins médicaux à son personnel lui assure également le remboursement des frais pharmaceutiques et a, par suite, intérêt à en limiter le montant. En a-t-il le droit? la question est délicate et doit se résoudre par des distinctions. Il ne peut certainement interdire l'emploi de tel produit pour les soins donnés à tel malade. Au contraire, il peut déterminer d'avance, et d'une manière générale, ceux qu'il admet. Encore est-ce, dans ce cas, une question de degrés; les restrictions ne peuvent être telles qu'elles rendent toute thérapeutique impossible, et ceci doit être apprécié, non pas tant d'après leur nombre que d'après leur portée véritable, qui varie selon la possibilité de remplacement des médications non admises: une spécialité peut être interdite si une préparation magistrale est susceptible de répondre aux mêmes indications; si, au contraire, elle ne se conçoit pas sous une autre forme, l'emploi n'en peut être empêché.

Pour l'article 1384, les atteintes à la liberté de prescription, édictées sous cette forme, ne suffiraient d'ailleurs pas, le plus souvent, à placer le médecin dans un état de subordination; elles n'entraînent pas, en effet, pour lui, l'obligation d'obéir à des ordres, et correspondent à ce que nous avons appelé la simple fixation contractuelle des méthodes à suivre (*supra*, section I, § 2, p. 142-145).

Voy. sur la liberté de prescription et ses limites en matière d'assurances sociales, loi 5 avril 1928, art. 7, alinéa 4; décret 30 juin 1930, art. 19.

(2) Cpr. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 648 qui se basent sur la nécessité de posséder certains diplômes. Sur d'autres conséquences de cette indépendance, voy. DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1923.499, *Rev. trim.*, 1930.115.

les instructions données seraient, pensons-nous, constitutives du délit d'exercice illégal de la médecine et passibles des peines édictées par la loi du 30 novembre 1892 contre « ceux qui prennent part habituellement ou par direction suivie au traitement des maladies ou des affections chirurgicales » (1). Le médecin, de son côté, se rendrait complice de cet exercice illégal. Mais, si l'on estimait même que le fait de donner des ordres relatifs à un traitement, sans y intervenir directement, ne tombe pas sous le coup de la loi de 1892, le contrat qui accorderait ce droit n'en serait pas moins nul, au point de vue civil, comme contraire à l'ordre public. D'autre part, en abdiquant son indépendance, le médecin méconnaîtrait certainement l'une de ses obligations professionnelles, et cette faute, à supposer qu'elle ne soit pas constitutive d'un délit pénal, ne resterait pas nécessairement sans sanction.

L'assujettissement à des obligations spéciales et très étroites s'impose, en effet, aux membres de certaines professions, comme d'ailleurs aux membres de certains groupements. L'ensemble de ces règles, obligatoires pour ceux qui appartiennent à un groupement social donné ou exercent une profession déterminée, constitue la discipline du groupement ou de la profession. Le respect en est assuré par un droit disciplinaire qui, organisant la répression des fautes professionnelles, sanctionnant celles dont la gravité n'est pas suffisante pour qu'elles soient prévues par le droit pénal, se révèle distinct de celui-ci et plus sévère que lui. Ce droit disciplinaire aboutit donc, ainsi que le note M. Nézard, à l'incrimination de nouvelles infractions (2).

Lorsque la profession est organisée en Ordre ou en Compagnie, une Autorité légalement établie, Conseil de l'Ordre, Chambre de discipline, est qualifiée pour définir ces infrac-

(1) Loi 30 novembre 1892, article 16.

(2) H. NÉZARD, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, thèse Paris, 1903, p. 7-12, que nous suivons entièrement dans ces très brèves indications sur le droit disciplinaire. *Adde*, sur ces définitions : FALCIMAIGNE, *La discipline de la Légion d'honneur*, p. 1-3.

tions et en assurer la sanction ; dans les groupements privés, en effet, « le pouvoir disciplinaire ne saurait être exercé que par le groupe lui-même ou ceux qui le représentent » (1). Sans doute la profession médicale, malgré un mouvement d'opinion de plus en plus puissant en ce sens (2), n'est-elle pas encore régie par une telle organisation. Au sens strict du mot, il semble donc ne pas exister pour elle de droit disciplinaire, faute d'une Autorité compétente pour en édicter et en sanctionner les principes. Mais on notera que les règles de la « déontologie » tendent cependant à acquérir une précision de plus en plus grande, que le rôle des médecins dans l'application des lois sociales rend d'ailleurs, aujourd'hui, particulièrement nécessaire. En confiant aux syndicats médicaux le contrôle technique du fonctionnement de l'assurance maladie, contrôle qu'ils exercent même sur les médecins non syndiqués, la loi du 5 avril 1928 a nécessairement reconnu, dans ces limites, leur pouvoir disciplinaire (3). Par la vertu

(1) NÉZARD, *op. cit.*, p. 20... Cependant, dans la plupart de ces professions, la discipline publique de l'Etat intervient également. Comme auxiliaires de la justice, leurs membres (avocats, officiers ministériels) sont, dans une certaine mesure, assimilés aux fonctionnaires (NÉZARD, *op. cit.*, p. 15 s.). Cette assimilation serait injustifiée pour les médecins, dont la profession ne présente aucun des caractères de la fonction publique ; le principe donné au texte (compétence exclusive du groupe lui-même) devrait donc normalement recevoir toute son application.

(2) Voy. sur ce point : J. BONNECASE, *Pour un conseil de l'ordre des médecins. Le droit disciplinaire dans la profession médicale.*

Ce mouvement d'opinion a abouti, très récemment, au vote, par la Chambre des députés, d'une proposition de loi instituant l'Ordre des médecins (*Débats parlementaires*, Chambre, deuxième séance du 9 décembre 1932, p. 3503 s. : « proposition de loi ayant pour but de modifier et de compléter la loi du 30 novembre 1892 en ce qui concerne l'exercice de la médecine. » Cette proposition ne reconnaît d'ailleurs pas sans limites la compétence de l'Ordre en matière disciplinaire : les décisions du conseil départemental sont susceptibles d'appel devant un Conseil régional qui compte, parmi ses membres, deux conseillers à la Cour, dont l'un faisant fonction de président (art. 3 de la proposition : disposition devant constituer l'article 46 de la loi du 30 novembre 1892).

(3) Loi du 5 avril 1928, modifiée par la loi du 30 avril 1930, article 7, alinéa 1 (D. P. 1931.4.107) ; Décret du 25 juillet 1930, portant règlement

de cette attribution, ces syndicats cessent d'être considérés par la loi comme de purs organes de défense économique. Ils sont investis d'une partie des attributions qui appartiendraient normalement à un Ordre des médecins ; ils voient reconnaître leur rôle de gardiens des traditions et de représentants de la profession, auquel il tendaient spontanément, et qu'ils remplissaient déjà, en fait, vis-à-vis de leurs membres avant cette extension de leur compétence aux non syndiqués.

Or, il est très remarquable que le règlement de déontologie médicale récemment établi par la Confédération des syndicats médicaux français (1), et qui ne peut, dans ces conditions, être considéré comme une œuvre purement privée, sans valeur juridique, édicte dans son article 2, sous la rubrique des devoirs généraux du médecin, cette règle formelle : « *En aucun cas le médecin, dont la responsabilité reste rigoureusement individuelle, ne doit aliéner son indépendance professionnelle.* » Cette règle est d'ailleurs confirmée par l'article 5 du même règlement interdisant en particulier, au terme d'une longue énumération, « toute collaboration à une entreprise de soins organisée à leur profit par des personnes étrangères à la médecine, et où le médecin n'a pas sa complète indépendance professionnelle ».

Ces textes ne font que codifier, en en précisant l'expression, des principes déjà certains. Parmi les règles disciplinaires qui

d'Administration publique, pour l'application de la loi du 30 avril 1930, article 26 (D. P. 1931.4.142). Ce contrôle est d'ailleurs subordonné à l'existence d'une convention entre les syndicats médicaux et les caisses de répartition (textes précités). La convention type (établie par une commission consultative instituée au Ministère du Travail, et publiée, *J. off.*, 8 août 1930, p. 9161) en prévoit les modalités : les caisses prennent l'engagement de donner effet aux sanctions disciplinaires prononcées par les Conseils de famille syndicaux ; un appel est cependant prévu devant une commission arbitrale de 3 membres, nommée par le Conseil supérieur des Assurances sociales (Convention type, article 7).

(1) *Règlement de déontologie médicale*, édité par la Confédération des syndicats médicaux français, 95, rue du Cherche-Midi, Paris, VI^e (novembre 1931).

s'imposent au médecin, l'obligation de conserver son indépendance est l'une de celles qui figurent au premier plan ; elle exprime l'un des devoirs primordiaux auxquels il est soumis (1). C'est par là que s'explique le caractère unanime des décisions refusant de le qualifier préposé.

La justification de cette solution étant différente de celle qui est habituellement donnée, sa portée se trouvera également modifiée.

On estime d'ordinaire que le médecin, s'il ne peut être soumis aux ordres d'un tiers incompetent, peut être, au contraire, le préposé de l'un de ses confrères. Telle est la situation du remplaçant et, plus normalement, celle du médecin attaché à une clinique qu'il ne dirige pas personnellement (2). En jurisprudence, cette solution, directement donnée par certaines décisions (3), résulte, en outre, implicitement de ce que le contrat par lequel le médecin est lié [est alors qualifié de louage de services (4).

Mais, parmi les motifs sur lesquels repose habituellement l'indépendance, cette opinion néglige à tort les considérations d'ordre moral, pour s'en tenir au caractère scientifique de la profession. Aussi ne saurait-elle être acceptée. Dans les raisons déterminantes de l'obligation d'indépendance, les connaissances que requiert l'exercice de la médecine ne repré-

(1) Dans les revendications formulées par le Corps médical au cours de l'élaboration de la loi sur les assurances sociales, et qui ont obtenu presque entière satisfaction dans la loi du 30 avr. 1930 après avoir été méconnues en 1928, cette nécessité de l'indépendance du médecin a été particulièrement soulignée. C'est le souci de la conserver qui inspirait, au premier chef, les protestations contre la « médecine de caisses », considérée comme devant amener fatalement la subordination du médecin aux organismes administratifs.

Sur ces revendications du Corps médical, voy. le commentaire de la loi du 30 avril 1930, D. P. 1931.4.97 s. (p. 98, col. 1 et 2).

(2) En ce sens : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 648.

(3) Tr. civ. Avesne, 16 juill. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.2.685, *Rev. trim.*, 1931, 115, qui va jusqu'à considérer un médecin comme préposé d'un dentiste ; mais, voy. les réserves très justifiées de M. Demogue, *loc. cit.*, *Rev. trim.*, 1931.115. Cpr. Paris, 26 juin 1919, S. 1922.2.113.

(4) Tr. civ. Seine, 24 mai 1921, S. 1924.2.57, note E. H. Perreau.

sentent en effet que l'un des éléments, le seul qui disparaisse ici, tandis que les autres conservent leur force. Le médecin doit garder son entière liberté, même vis-à-vis des personnes qui possèdent le même diplôme que lui. Il est anormal qu'il accepte de se laisser imposer certaines méthodes thérapeutiques ; l'intérêt du malade, qui demeure la préoccupation primordiale et le fondement de toutes ces règles, exige que celui qui lui assure des soins réguliers décide, d'après sa propre opinion, du traitement à appliquer (1). Si d'ailleurs la validité des sociétés entre médecins, permettant cependant la collaboration sur un plan d'égalité et laissant à chacun sa liberté de thérapeutique, est contestée (2), on ne concevrait pas que des conventions plaçant l'une des parties sous l'autorité de l'autre fussent, au contraire, admises.

On rapprochera de cette obligation très générale d'indépendance qui pèse sur le médecin la règle, plus stricte encore, de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance dans les officines, qui domine le droit de la profession pharmaceutique (3). Selon la jurisprudence, fondée sur la Déclaration royale du 25 avril 1777 et la loi du 21 Germinal an XI, la propriété et la gérance d'une officine ne peuvent être valablement dissociées. Il en est ainsi, alors même, d'une part, que le propriétaire et le gérant seraient l'un et l'autre diplômés, alors même, d'autre part, que le gérant ne serait pas placé sous l'autorité du propriétaire et n'aurait pas contracté l'obligation d'obéir à ses ordres. C'est donc toute gestion au nom d'autrui qui est prohibée, et non pas seulement la gestion à titre de préposé. Mais le but de la règle est d'assurer l'indépendance et la liberté de la gestion, indépendance qu'exige la santé publique. L'indivisibilité n'est qu'un moyen de parvenir à ce but : il a

(1) Cpr. DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1929.759.

(2) Voy. sur ce point : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 239, p. 321 et les références ; E. H. PERREAU, note S. 1926.2.57.

(3) Voy. A. SCHNEIDER, *De l'indivisibilité de la propriété et de la gérance dans les officines pharmaceutiques*, thèse Nancy, 1927.

semblé impossible qu'une officine fût gérée de façon entièrement libre si elle l'était au nom d'un tiers, le gérant, par la force des choses, devant recevoir des instructions du propriétaire (1). C'est donc encore une obligation professionnelle d'indépendance, fondée, comme celle du médecin, sur l'intérêt du malade, qui se rencontre ici. Mais la sanction en est assurée plus efficacement. On présume qu'il y aurait subordination du gérant s'il n'était pas en même temps propriétaire et, sur la foi de cette présomption, on interdit la dissociation des deux qualités. Ainsi, la question du lien de préposition n'a pas à se poser (2).

La même idée d'indépendance légalement obligatoire explique encore que d'autres professions soient également incompatibles avec la qualité de préposé.

*
* *
*

Selon une opinion dominante en doctrine et qui n'est contredite, en jurisprudence, que par des arrêts très anciens, les officiers ministériels ne sont pas préposés (3).

Pour justifier cette solution, on a parfois recouru, ici encore,

(1) SCHNEIDER, *op. cit.*, *passim*, en particulier, p. 60 et 71.

(2) Elle pourrait cependant être soulevée à propos des pharmacies des hôpitaux et hospices, auxquelles la règle de l'indivisibilité n'est pas applicable parce qu'elles ne constituent pas des officines (SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 116 s.). Celui qui les dirige ne doit pas, pensons-nous, être normalement placé sous l'autorité de l'organisme administratif. Mais la question se complique du fait que l'hôpital n'est pas tenu d'avoir recours à un pharmacien diplômé (SCHNEIDER, *loc. cit.*).

(3) En ce sens : Paris, 22 avr. 1838, implicite, *Jur. gén. v^o saisie-exécution*, n^o 186 ; Amiens, 8 déc. 1873, S. 1874.2.41 ; Tr. civ. Seine, 14 nov. 1893, *Le Droit*, 1-2-3 janvier 1894 ; Tr. comm. Bruxelles, 12 mars 1931, *Revue générale des assurances et des responsabilités*, 1931, n^o 830.

PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n^o 648 ; SOURDAT, II, n^o 896 ; LABICHE, p. 99 ; LOT, p. 196 ; CAPRONNIER, p. 136 ; ZINGHER, p. 63.

Contra : Bruxelles, 2 juin 1806, *Jur. gén. v^o responsabilité*, n^o 674, note 1, *Sir. chr.* ; Bruxelles, 10 mars 1808, *Jur. gén. eod. loc.*

Req., 8 janv. 1823, *Jur. gén. v^o responsabilité*, n^o 679, note 2, implicite. DEMOGUE, V, n^{os} 894 et 906.

Cpr. la disposition de la loi du 5 août 1914, article 5 (D. P. 1914.4.98),

à l'idée de choix. Celui-ci n'est pas exercé librement en raison des règles de compétence territoriale ; il ne peut, d'autre part, être critiqué puisque l'officier ministériel est investi d'une fonction officielle par la loi (1). Mais le premier argument contredit, sur un point particulier, la jurisprudence qui admet l'existence des rapports de commettant à préposé malgré la limitation du choix, tandis que le second méconnaît ouvertement le caractère irréfragable de la présomption de faute.

La non-application de l'article 1384 § 5 s'explique, en réalité, par l'indépendance des officiers ministériels, qui ne résulte pas, elle-même, de l'inaptitude de leurs clients à les diriger, mais correspond à une obligation d'ordre professionnel : ils ne sont pas autorisés à se soumettre à l'autorité d'un tiers. Des lois et règlements fixent l'étendue de leurs pouvoirs et la manière dont ils doivent exercer une profession qui, par nombre de côtés, présente le caractère d'une fonction publique (2). Les règles du droit disciplinaire ayant, d'autre part, en ce qui les concerne, toute leur force, une surveillance assez précise est exercée sur eux, tant par les Chambres de discipline que par les organes du Ministère public (3) ; elle les astreint à des principes de conduite que ne pourraient modifier les instructions du client. Celles-ci ne peuvent porter que sur le but à atteindre.

L'irresponsabilité trouve ainsi sa source dans des motifs plus complexes et plus convaincants que la simple idée d'incompétence du prétendu commettant (4).

qui rend les officiers ministériels mobilisés responsables des faits de charge de leurs suppléants. Mais, s'ils ne l'ont pas choisi, la responsabilité est réduite de moitié.

(1) En ce sens : SOURDAT, II, n° 896.

(2) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 648.

(3) Voy. par exemple, pour les notaires : Loi 25 ventôse an XI, art. 50 s. ; Ordonnance du 4 janv. 1843, art. 12 s. ; Décret du 2 févr. 1890, art. 8 s.

Sur la discipline notariale, voy. DEFRENOIS, *Traité pratique et formulaire général du notariat*, édition 1921, nos 330 à 385.

(4) Pas plus qu'il n'est en droit d'obéir aux instructions d'un client, l'officier ministériel ne pourrait valablement, dans l'ensemble de son ministère, agir sous l'autorité d'un tiers ; il ne peut gérer son office comme prête-nom ;

De même, si la mission d'un expert judiciaire demande, en général, des connaissances très spéciales, ce fait ne tient aucune place parmi les raisons qui empêchent de le considérer comme préposé (1). Qu'il soit ou non désigné par l'un des plaideurs, il ne reçoit pas d'ordres ; le devoir d'impartialité qui s'impose à lui l'oblige de façon absolue à n'agir, à ne faire ses recherches, et à ne déposer ses conclusions que selon ses propres lumières (2).

Un exemple plus caractéristique encore est celui de certains agents de police judiciaire : employés des compagnies de chemins de fer et gardes particuliers. En tant qu'ils exercent leurs fonctions de police, ils ne sont pas préposés car ils cessent d'être sous l'autorité de leur employeur (3). Leur rôle ne demande cependant pas de connaissances très spéciales, et, en logique, on concevrait fort bien l'intervention d'un tiers. Ce qui la rend impossible ce n'est donc pas son incapacité, mais son défaut de droit.

mais, sur la responsabilité lorsque cette situation illicite existe en fait, voy. *infra*, II, chapitre II, section II, p. 206.

(1) Sur l'absence du lien de préposition entre le plaideur et l'expert : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 648 ; CAPRONNIER, p. 138 ; SOURDAT, II, n° 900 *bis* (qui se fonde sur l'incompétence du plaideur).

Voy. pour la jurisprudence : Civ. cass., 22 juill. 1913, S. 1914.1.262. Même solution pour l'arbitre : Tr. comm. Havre, 4 nov. 1930, *Gaz. Pal.*, 1931, Table, 1^{er} sem., v° *responsabilité civile*, n° 99.

Contra : LOT, p. 198 (application de l'article 1384 § 5 lorsque l'expert est désigné par le plaideur).

(2) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *loc. cit.* ; CAPRONNIER, *loc. cit.*

(3) Civ. cass., 24 juin 1890, *Gaz. Pal.*, 1890.2.158 ; Tr. Paix Reims 1^{er} avr. 1893, *Gaz. Trib.*, 29 juin 1893, Tr. civ. Seine, 20 juill. 1906, *Gaz. Trib.*, 24 août 1906 avec, dans le même sens, les conclusions de M. le substitut Morizot Thibaut ; Tr. civ. Bruxelles, 20 juill. 1908, *Pasicr.*, 1908.3.326. Bruxelles, 2 juin 1926, *Revue générale des assurances et des responsabilités*, 1927, n° 149, *Belgique judiciaire*, 1927.111.

DEMOGUE, V, n° 910 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 648.

Contra : Tr. Bruxelles, 10 juin 1891, *Pasicr.*, 1891.3.322.

Ces agents sont naturellement préposés lorsqu'ils agissent en dehors de leurs fonctions de police judiciaire : Paris, 19 mai 1874, D. P. 1874.2.214, 2^e espèce, S. 1876.2.271. DEMOGUE, *loc. cit.* ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *loc. cit.*, p. 875, note 3.

Au regard des principes qui viennent d'être dégagés sur l'obligation légale d'indépendance, la situation, plus controversée, du capitaine de navire exige enfin un examen spécial.

* * *

La responsabilité du propriétaire de navire du fait du capitaine n'est pas douteuse, étant donnés les termes de l'article 216 du Code de Commerce. Mais le fondement en est incertain.

Selon l'interprétation classique, ce n'est qu'une application particulière des principes du droit civil. Le propriétaire, commettant, répond des fautes commises par le capitaine, préposé. La limite de la responsabilité est la même dans les deux cas : dommages causés dans l'exercice des fonctions, faits relatifs au navire et à l'expédition (1). Mais, parmi les critiques soulevées par la théorie traditionnelle, l'une est décisive. De plus, par les solutions qu'elle adopte, la jurisprudence se refuse implicitement à appliquer l'article 1384 § 5.

Que la faute de choix ne puisse exister parce que le diplôme est une garantie suffisante de capacité, et parce que, d'autre part, il arrive fréquemment que le capitaine ne soit pas désigné par le propriétaire, mais, par exemple, nommé en cours de route par le consul, c'est une objection qui, ici encore, disparaît dès qu'on se réfère aux idées que nous avons admises. Nous en dirons autant de celle qui ferait remarquer l'impossibilité de diriger, selon l'expression de M. Ripert, « un préposé agissant au loin, indépendant dans sa solitude » (2). La question n'est pas de savoir si cette surveillance est toujours possible et efficace, mais si le préposé est tenu de suivre les instructions du commettant *lorsqu'elles lui parviennent*, ce fait serait-il exceptionnel (3). Pareille obligation pèse-t-elle sur le capitaine ? C'est le nœud du problème.

(1) RIPERT, *Droit maritime*, I, n° 842 ; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, V, n° 178 ; DANJON, *Traité de droit maritime*, II, n° 625.

(2) RIPERT, *loc. cit.*

(3) Le développement de la T. S. F. rend d'ailleurs de plus en plus fré-

Maître à son bord après Dieu, le capitaine jouit, dans la conduite du navire, d'une indépendance absolue. Les ordres que lui donnerait le propriétaire n'auraient aucune force obligatoire ; on a même démontré qu'en s'immisçant dans les manœuvres nautiques l'armateur encourrait les peines édictées par l'article 82 du décret-loi du 24 mars 1852 contre toute personne qui aura pris indûment la conduite d'un navire (1). Posséderait-il même le brevet de capitaine, que son droit d'intervention resterait douteux : la conduite du navire exige une liberté complète et l'unité de décision.

N'étant soumis à aucune autorité dans l'accomplissement de sa mission, le capitaine n'est donc pas préposé (2). Il est impossible de s'en tenir à un point de vue intermédiaire et de le considérer comme un préposé de nature particulière (3). Si l'autorité peut, en principe, comporter des degrés, s'appliquer

quente la possibilité pour le capitaine de correspondre avec l'armateur : voy. Tr. comm. Havre, 28 déc. 1923, *infirmé* par Rouen, 12 mai 1926, *Rev. Dor.*, 15.397.

(1) RIPERT, note *Rev. Dor.*, 15.397 sous Rouen, 12 mai 1926 (III, p. 422 s.); voy. aussi *Droit maritime*, I, nos 520, 812 et 842. Cpr. REGNAULT, *La responsabilité civile des propriétaires de navire*, *Rev. crit.*, 1876, p. 607 s. (p. 611 et 617) ; VERNEAUX, *La fortune de mer, Recueil de Législation de Toulouse*, 1906, p. 278-279 ; *L'industrie des transports maritimes au XIX^e et au commencement du XX^e*, II, p. 237 s., en particulier p. 241.

Dans le même sens : Crim. rej., 4 avr. 1905, S. 1909.1.474 motifs, *implicite*, Tr. comm. Havre, 28 déc. 1923, *infirmé* par Rouen, 12 mai 1926, *Rev. Dor.*, 15.397, note Ripert.

Voy. pourtant ce que disent MM. Ripert (I, n° 781) et Wahl (*Précis théorique et pratique de droit maritime*, n° 104) de l'autorité et de la surveillance de l'armateur.

Contra : dans le sens d'un droit d'intervention technique de l'armateur, Rouen, 12 mai 1926, *précité*, qui va jusqu'à considérer comme une faute le fait de ne pas avoir donné de tels ordres (mais voy. la note critique de M. Ripert).

(2) En ce sens : VERNEAUX, *loc. cit.* ; ABRAM, *L'armateur qui a choisi le capitaine est-il responsable des engagements et des fautes de ce capitaine en vertu de l'article 1384 ?*, *Rev. int. Droit maritime*, t. XXII, 1906-1907, p. 563 ; CHAUVEAU, *De l'armateur affrèteur*, thèse Rennes, 1923, nos 173 et 178 (voy. aussi n° 168).

(3) Voy. pourtant en ce sens : RIPERT, I, n° 844 *in fine*.

à certaines branches de l'activité à l'exclusion des autres, elle fait ici entièrement défaut pour tout ce qui concerne le rôle technique du capitaine. L'existence du lien de préposition ne pourrait être admise que dans la thèse du risque (1). Mais l'idée de risque créé rend presque inutile, en l'espèce, la construction technique de responsabilité du fait d'autrui. On répond du navire plutôt que de celui qui le dirige ; l'expression la plus exacte de cette conception consiste à dire que le propriétaire répond des dommages causés par *l'expédition maritime* dont il a l'initiative (2).

S'il en est ainsi, la théorie qui reste fidèle à l'idée de responsabilité du fait d'autrui mais en modifie le sens, et la théorie de la responsabilité réelle, « ayant sa seule origine dans la propriété du bâtiment » (3), ne sont-elles pas séparées par une simple différence de terminologie ? La responsabilité du propriétaire de navire ne nous intéressant que dans ses rapports avec l'article 1384, il ne nous appartient pas de discuter la seconde thèse, ni de nous prononcer ; en particulier, sur les conséquences qu'elle est susceptible d'entraîner quant à la conception de l'abandon du navire et du fret, obligation facultative ou obligation principale (4). Il ne semble d'ailleurs pas, contrairement à ce qu'on enseigne d'ordinaire, que les deux

(1) Voy. en faveur de cette idée de risque : RIPERT, I, n° 844, mais la maîtrise sur autrui, invoquée par cet auteur, fait précisément défaut ici.

(2) Cpr. RIPERT, *loc. cit.* : « le propriétaire... introduit dans les dangers de la navigation un danger nouveau. » L'idée de responsabilité pour les dommages causés par l'expédition maritime est plus large que ne le serait celle de responsabilité du fait des choses, à laquelle on pourrait également songer : celle-ci exigerait que le dommage fût matériellement causé par le navire ; elle ne pourrait s'appliquer, par exemple, à l'abordage entre deux navires, dû au fait d'un troisième.

(3) ABRAM, *op. cit.*, p. 563. Voy. en faveur de cette même théorie de la responsabilité réelle : VERNEAUX, *La fortune de mer*, p. 283-284 ; *L'industrie...*, II, p. 246 s. ; DE SÈZE, *De la responsabilité des propriétaires de navires*, *Revue pratique de droit français*, t. 48 (1889), p. 27 s., 42 s. (se plaçant au point de vue des engagements contractuels) ; LYON-CAËN, note S. 1898.1.201. *Adde* : CHAUVEAU, *De l'armateur-affrèteur*, thèse Rennes, 1923, n° 101, nos 179 s.

(4) Voy. sur ce point : RIPERT, II, n° 1239 ; *adde*, I, n° 843.

points de vue soient nécessairement liés. On peut être responsable *en tant que propriétaire* d'une chose, sans que l'obligation découlant de cette responsabilité consiste dans le seul abandon de la chose à la victime (1). Le propriétaire, même responsable en tant que tel, répondrait normalement *in infinitum* des dommages causés par le navire. En limitant sa responsabilité, l'article 216 § 2 restreint les conséquences logiques du principe d'abord posé ; la conception française de l'abandon, simple faculté de libération, paraît donc pouvoir être conservée.

Sans qu'il soit nécessaire, en tout cas, de déterminer le fondement de l'article 216 du Code de Commerce, on peut affirmer qu'en raison de l'indépendance du capitaine, la responsabilité du propriétaire n'aurait pu résulter de la simple application de la règle de droit commun de l'article 1384 § 5. M. Ripert remarque, à propos de la nature de l'engagement du capitaine, l'erreur qu'on commet « à vouloir expliquer tout le droit maritime par des notions actuelles de notre droit privé » (2). Si cet engagement n'entre pas dans les cadres du droit civil, il est logique que ses effets, au point de vue, en particulier, de la responsabilité, ne puissent, eux-mêmes, y entrer. A défaut d'un texte spécial, le propriétaire n'aurait pas répondu des fautes du capitaine, dont il n'est pas le commettant. L'étude de la jurisprudence confirmera cette thèse.

Bien que la majorité de la doctrine soit restée fidèle aux

(1) A titre de simple comparaison, on peut noter que l'article 1384 § 1, par l'extension que prend l'idée de garde juridique, par l'attribution de plus en plus fréquente de la qualité de gardien à un autre que le détenteur matériel (sur cette question voy. H. et L. MAZEAUD, I, nos 1155 s.) aboutit *pratiquement*, en de nombreux cas, à faire découler la responsabilité de la simple propriété de la chose, sans que soit, pour cela, limitée l'étendue de l'obligation de réparer. L'observation serait peut-être plus exacte encore en ce qui concerne l'article 1386 : il est très douteux, en effet, que cette responsabilité puisse peser sur un autre que le propriétaire (voy. sur ce point : DEMOGUE, V, n° 905 s., et, pour le déplacement possible de la responsabilité, PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 610).

(2) RIPERT, I, n° 810.

idées traditionnelles, celles-ci, en effet, ne rendent pas compte aujourd'hui de notre droit positif. La jurisprudence ne les a pas condamnées expressément, mais les solutions qu'elle a adoptées les contredisent. Que l'article 1384 soit ou non invoqué lorsque le propriétaire du navire en est en même temps l'armateur, c'est un point indifférent ; l'article 216 du Code de Commerce constitue alors une base de décision suffisante. Mais le propriétaire loue parfois son navire à un armateur locataire ou armateur-affrètement (1), qui l'exploite pour son propre compte. Ce sont les décisions intervenues dans ce cas qui permettent de préciser les principes.

Le propriétaire reste alors responsable. Pour les tiers, que l'acte de francisation peut seul renseigner, il se présente, dit-on, comme un armateur apparent (2). L'argument ne possède une valeur certaine que pour les engagements contractuels du capitaine : en ce cas, les tiers ayant cru contracter avec le propriétaire, leur protection est légitime. Mais, pour les fautes délictuelles, la situation apparente, n'ayant pu modifier l'attitude de la victime, ne suffirait pas à faire naître à son profit un avantage exorbitant du droit commun. La solution admise ne découle donc véritablement que de l'interprétation exégétique de l'article 216, qui vise « tout propriétaire de navire ». Ainsi justifiée, elle est d'ailleurs loin d'être indiscutable, ce texte n'ayant vraisemblablement prévu que le *plerumque fit*.

Quoi qu'il en soit, l'armateur, ayant choisi le capitaine, dirigeant l'expédition et en recueillant, au surplus, le profit principal, devrait également répondre envers les tiers des fautes du capitaine *si celui-ci était préposé*. Il y aurait deux responsables : l'un en vertu de l'article 216 ou sur le fondement d'une idée d'apparence, l'autre en vertu du principe général de l'ar-

(1) Le cas de l'armateur-gérant ne nous intéresse pas ici ; agissant lui-même pour le compte du propriétaire, il ne saurait répondre des fautes du capitaine. Cpr. DANJON, II, n° 641.

(2) RIPERT, I, n° 779 ; DANJON, II, n° 639. Dans le même sens : LYON-CAEN et RENAULT, V, n° 922 ; WAHL, n° 65 ; LEVILLAIN, note D. P. 1878. 2.195, col. 1. *Adde*, les notes, *Rev. Dor.*, 5, p. 357 ; 11, p. 70.

ticle 1384. Or, d'après la jurisprudence, c'est au propriétaire *seul* que les tiers peuvent s'adresser (1). Ces décisions sont logiquement inexplicables et doivent être nécessairement condamnées si l'on admet qu'un lien de préposition existe entre le capitaine et l'armateur. « Pourquoi ce commettant échapperait-il à la responsabilité qui pèse sur tous les autres ? (2) » La question est évidemment insoluble. Mais qu'on cesse, au contraire, de lui reconnaître *a priori* cette qualité, et la contradiction disparaît. Si la jurisprudence ne fait pas peser sur l'armateur les conséquences des fautes du capitaine, c'est que celui-ci n'est pas, pour elle, un préposé (3). C'est le seul principe justificatif des

(1) Voy. en particulier : Bordeaux, 17 févr. 1876 et, sur pourvoi, Civ. rej., 18 mars 1878, D. P. 1878.1.193, note Levillain ; Rouen, 12 juill. 1923, *Rev. Dor.*, 5.349 (motifs) ; Nantes, 15 oct. 1923, *Dor. sup.*, 1.413. *Contra* : Aix, 23 janv. 1899, *Rev. int.*, XV, 42.

La question se pose différemment vis-à-vis des chargeurs ou des passagers : l'armateur est responsable de l'inexécution des obligations contractées : Marseille, 23 avr. 1913, *Rev. int.*, XXIX, 241 (motifs) ; Marseille, 23 janv. 1923, *Rev. Dor.*, 2.535 ; Rouen, 11 juill. 1923, *Rev. Dor.*, 5.349.

Même solution pour les autres engagements contractuels du capitaine (envers les prêteurs et fournisseurs) : Req., 4 mars 1907, D. P. 1908.1.474 ; Saint-Nazaire, 10 janv. 1923, *Rev. Dor.*, 2.537.

Sur cette différence de solutions entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle : voy. RIPERT, II, n° 1373. *Adde*, note *Rev. Dor.*, 5.354.

Dans les cas où le propriétaire est responsable, il peut d'ailleurs exercer un recours contre l'armateur (sur ce point, DANJON, II, n° 640 ; RIPERT, I, n° 780 ; WAHL, n° 70 ; AUBRUN, note D. P. 1919.2.67, nos 1 à 4).

(2) RIPERT, I, n° 780. Dans le même sens : DANJON, II, n° 641 ; LYON-CAEN et RENAULT, V, n° 192 ; WAHL, n° 104.

(3) En ce sens : ABRAM, *op. cit.*, *Rev. int. Droit maritime*, XXII, 1906-1907, p. 564 s. ; LEVILLAIN, note D. P. 1878.1.195, col. 1. Cpr. AUBRUN, note D. P. 1919.2.66, col. 2.

La thèse de la responsabilité exclusive de l'affrèteur semble, au contraire, l'emporter en Italie, où l'on estime que l'article 491 C. comm., correspondant à notre article 216, n'envisage que le *plerumque fit* (note sous Gênes, 21 juillet 1921, *Rev. int.*, XXXIV, 905 et note *Rev. Dor.*, 5.359). Voy. aussi Cour cass. Pays-Bas, 15 janvier 1909 donnant la même interprétation de l'article 331 C. comm. (*Rev. int.*, XXV, 563). Au contraire, bien que la responsabilité ne repose pas, en Angleterre, sur la qualité de propriétaire, bon nombre de décisions le rendent responsable en pareil cas (note *Rev. Dor.*, 11.75) ; il en est de même en Amérique (*ibid.*, p. 77).

solutions auxquelles elle s'est ralliée. Il est entièrement conforme aux idées que nous avons dégagées sur l'obligation légale d'indépendance.

Ainsi s'achève la démonstration. Si certaines professions, — et il faut ajouter aux exemples habituellement donnés celui du capitaine de navire —, sont incompatibles avec la qualité de préposé, l'explication de cette particularité se trouve dans un obstacle légal à la subordination, indépendant des connaissances plus ou moins précises et personnelles qu'elles exigent. Celui qui a recours aux services des membres de ces professions n'est pas seulement, par son incompetence, dans l'impossibilité matérielle d'exercer un droit de direction ; il ne saurait se faire valablement reconnaître ce droit. Aussi ne deviendrait-il pas davantage commettant dans le cas où il posséderait les connaissances nécessaires pour intervenir efficacement dans l'exécution de la mission qu'il a confiée à autrui.

Ce qui est vrai, c'est seulement qu'en pratique cet obstacle légal se rencontre surtout dans les professions dont le caractère scientifique est très marqué. Ce point de vue intervient alors au second degré, comme justifiant lui-même, dans l'intérêt général, l'obligation d'indépendance. Mais celle-ci repose parfois sur un autre fondement, sur le caractère de fonction publique de la profession. Tel est le cas pour l'agent de police judiciaire et, déjà, quoiqu'à un moindre degré, pour l'expert.

Dans de telles professions, les rapports de commettant à préposé ne sont donc jamais susceptibles de découler d'un droit de direction accordé à un tiers. Mais il peut arriver que ceux qui les exercent, méconnaissant le devoir qui pèse sur eux, abdiquent cependant, en fait, leur liberté. En se conformant aux instructions qu'ils reçoivent, en se plaçant, par là, dans une situation juridiquement irrégulière, acquièrent-ils la qualité de préposés qu'aucune obligation valable d'obéissance ne peut faire naître en leur personne ? Cette question ne peut être immédiatement résolue, car elle se rattache à un pro-

blème plus général que nous rencontrerons en poursuivant notre analyse de la notion d'autorité.

Cette analyse, en effet, n'a porté jusqu'ici que sur *le droit de donner des ordres*. Une première conception, très nette et rendant compte d'ailleurs de la plupart des arrêts, s'en est dégagée : l'autorité qui doit appartenir au commettant s'entend du droit de fixer le but auquel tend l'activité du préposé et les moyens qu'il doit employer pour atteindre ce but. A ce droit, il n'est pas nécessaire que s'ajoute la possibilité matérielle de donner de tels ordres.

Le contenu du droit de direction ayant été ainsi précisé, il convient de rechercher si le simple *fait de donner des ordres* qui sont pratiquement obéis sans que cette obéissance constitue l'exécution d'une obligation juridique suffit, lui aussi, à faire naître les rapports de commettant à préposé. C'est une deuxième conception possible des idées corrélatives d'autorité et de subordination.

CHAPITRE II

LE FAIT DE DONNER DES ORDRES

La question de savoir si le simple fait de donner des ordres est constitutif du lien de préposition ne se pose qu'autant que le prétendu commettant exerce, en fait, les mêmes prérogatives qui lui appartiendraient normalement en droit.

Pour que le problème naisse, il est donc nécessaire que le titulaire de l'autorité fixe le but auquel tend l'activité de son subordonné et qu'il détermine les moyens à employer pour l'atteindre. D'autre part, les instructions qu'il donne doivent présenter un caractère habituel et être régulièrement obéies ; lorsqu'en effet un ordre n'est observé qu'à titre exceptionnel, celui qui s'y conforme n'abdique pas réellement la liberté de ses moyens d'action.

Mais cette exigence d'une obéissance suivie de la part du préposé n'entraîne pas celle d'une fonction permanente. Ici, comme lorsqu'on se trouve en présence d'une situation de droit, il importe peu que sa tâche soit limitée à l'obtention d'un résultat déterminé, pourvu que, dans cette mission, il se conforme couramment aux directives du bénéficiaire de ses services. Il est également indifférent que l'acte concret, source du dommage, n'ait pas été spécialement ordonné. Lorsqu'on s'attache au droit de direction, on ne se préoccupe pas de la conduite du commettant en une circonstance particulière ; il en sera nécessairement de même si l'on retient, comme générateur de cette qualité de commettant, l'exercice d'une prérogative de pur fait.

Les données du problème de l'autorité de fait étant ainsi précisées, il convient d'en délimiter le domaine et d'examiner si les situations dans lesquelles il se pose peuvent être réduites à des situations déjà connues (Section I). Si l'on ne parvient pas à l'écarter ainsi, il devra être résolu de façon directe et les conséquences du principe adopté devront être enfin dégagées (Section II).

SECTION I

Domaine de la question.

Parmi les situations multiples où l'autorité n'est exercée qu'en fait, le cas le plus simple est celui où, le contrat étant muet sur les conditions d'accomplissement du travail (1), celui-ci est effectué dans un état de dépendance. Mais il arrive également que le contrat prévoie au contraire la liberté de l'exécutant et qu'il soit méconnu dans les faits. Le caractère commun à ces deux hypothèses est que les conventions intervenues n'imposent pas le rapport d'autorité et de subordination qui s'observe dans la pratique suivie. Mais, pour l'une et l'autre, une distinction s'impose suivant que ce rapport aurait pu être valablement stipulé, ou qu'il méconnaît une obligation légale d'indépendance. En d'autres termes, de deux choses l'une : ou les parties se sont simplement abstenues de faire naître le droit de commandement, alors que rien ne les en empêchait ; ou elles ont été amenées, soit à garder le silence, soit même à dissimuler leurs intentions véritables, parce que celles-ci auraient fait annuler le contrat, la subordination représentant, en l'espèce, un caractère illicite.

A côté de ce premier groupe d'hypothèse, on relève une série de cas où le contrat impose bien l'obligation de suivre les instructions reçues, mais où il est atteint d'une cause de

(1) On ne doit, bien entendu, considérer comme tel que le contrat qui ne prévoit ces conditions ni expressément, *ni tacitement*.

nullité. Juridiquement, la situation est la même : le droit de donner des ordres n'existe pas. Il ne dépend que de la propre volonté du préposé de se soustraire à l'obéissance en faisant prononcer la nullité ; on ne peut donc parler encore que de soumission volontaire aux ordres d'autrui. Mais une distinction analogue à celle qui a été présentée plus haut sera faite selon les causes de la nullité : elle peut être indépendante du fait que le contrat prévoit un rapport d'autorité et de subordination, tenir par exemple à un vice du consentement (1) ; elle peut, à l'inverse, résulter directement de cette dépendance où le contrat place celui qui fournit ses services alors qu'il avait, professionnellement, le devoir de conserver sa liberté. La nullité est alors absolue. On la qualifiera de nullité pour objet illicite, si l'on fait entrer dans l'objet du contrat non seulement l'obligation du préposé de remplir telle mission déterminée mais encore l'engagement pris par lui de la remplir sous les ordres du commettant. Mais cette analyse semble forcée et il sera plus exact de la considérer comme une nullité pour condition illicite, conformément à l'article 1172.

En définitive, la soumission de fait aux ordres d'autrui nous met en présence des situations suivantes qu'on peut présenter dans un tableau résumé, en donnant, pour chacune, un exemple caractéristique.

Première hypothèse : les conventions intervenues entre le prétendu commettant et le prétendu préposé n'imposent pas le rapport d'autorité et de subordination ; celui-ci existe en fait.

Deux cas sont possibles : le contrat ne se prononce pas sur ce point ; le contrat prévoit l'indépendance.

Une sous-distinction est applicable à l'un et l'autre de ces deux cas. Ou l'état de subordination est, par lui-même, illicite

(1) La nullité relative invocable par le préposé est d'ailleurs seule à considérer ici. Une cause de nullité personnelle au commettant, laisse intacte l'obligation d'obéissance du préposé : il n'a, juridiquement, aucun moyen de s'affranchir des ordres qu'il reçoit.

(médecin obéissant aux ordres d'autrui). Ou l'état de subordination n'est pas, en lui-même, irrégulier (travail de construction sous la direction du propriétaire).

Deuxième hypothèse : les conventions intervenues entre le prétendu commettant et le prétendu préposé prévoient la subordination ; elles sont nulles, mais respectées en fait.

Deux cas sont possibles : ou la nullité est indépendante de la stipulation du rapport d'autorité et de subordination (nullité du contrat pour vice du consentement). Ou la nullité tient à cette stipulation même (médecin s'engageant à suivre les instructions d'autrui).

Dans tous ces cas, le prétendu préposé obéit à des ordres qui ne sont pas obligatoires pour lui : dans la première hypothèse, en effet, il ne s'est pas engagé à les suivre ; dans la seconde l'engagement qu'il a pris en ce sens n'est pas valable. Ce caractère commun doit commander une réponse unique à la question principale de savoir si les rapports de commettant à préposé existent alors. Mais, avant de résoudre cette question, il faut examiner si d'autres principes de responsabilité ne peuvent être mis en œuvre, si la difficulté ne peut être écartée par sa réduction à d'autres notions, plus simples et déjà connues. Or, de ce point de vue, la solution peut varier suivant les cas ; c'est pourquoi il était nécessaire, dans l'analyse qui précède, de dissocier les différentes situations concrètes. Les distinctions auxquelles a conduit cette analyse seront, en effet, combinées tour à tour.

*
* *
*

Les situations relevées se ramènent à deux types : aussi bien au cas d'absence d'obligation que d'obligation nulle, *le rapport d'autorité et de subordination de fait est, soit illicite, soit licite*. Dès lors, les deux points suivants seront étudiés :

L'autorité de fait licite ne peut-elle se ramener, au moins en certains cas, à l'autorité de droit ?

L'autorité de fait illicite ne peut-elle être une source de responsabilité directe ?

Lorsque le contrat ne prévoit pas les conditions dans lesquelles les services doivent être fournis et qu'ils le sont pratiquement dans un état de dépendance, cette observation des faits peut être considérée comme révélatrice d'un droit et d'une obligation véritables. Elle permet de présumer que, par un accord tacite, l'une des parties s'est placée sous l'autorité de l'autre, s'est *juridiquement* engagée à respecter ses ordres. Si, pour un acte isolé, il est impossible, en effet, de distinguer le fait d'obéir à un ordre et celui de suivre un conseil, il n'est pas normal, au contraire, qu'on se conforme, de façon habituelle, aux instructions qu'on reçoit si l'on n'est pas tenu de le faire. *Il est donc légitime, en ce cas, d'induire de l'obéissance constatée l'existence d'une obligation d'obéir.* De l'exécution de cette obligation on remonte à son existence. On est ainsi ramené, par l'application particulière d'une règle générale de preuve, par le seul jeu d'un déplacement de l'objet à prouver (1), aux termes déjà étudiés de l'autorité et de la subordination de droit.

A première vue, ce raisonnement semble impossible lorsque le contrat prévoit expressément l'indépendance et que le rapport d'autorité et de subordination existe, dans la pratique, en dépit de cette clause ; en effet, l'exactitude de l'induction paraît alors démentie par les données même de l'hypothèse. Mais on ne saurait s'en tenir à cette apparence et à cette objection superficielle. En réalité, les faits observés prouvent ici, dans la majorité des cas, que les parties ont modifié leurs conventions ostensibles : l'un des contractants a renoncé au droit à l'indépendance qui lui avait été reconnu. L'induction est donc semblable, mais comporte un degré de plus : du fait, on conclut à l'existence d'une convention secrète ayant modifié une convention apparente. Il y a là un cas de simulation. Or

(1) Voy. sur le déplacement de la preuve : *Infra*, IV, Chapitre I, p. 256-259.

il est de principe que, si l'acte secret ne peut être invoqué *contre* les tiers, il peut être invoqué *par* eux lorsqu'ils y ont intérêt (1). Il en est ainsi dans l'hypothèse que nous étudions : c'est donc l'acte ostensible qui leur devient inopposable. La preuve de cette simulation, devant être faite par un tiers contre l'une des parties, peut, bien entendu, être rapportée par tous les moyens (2).

La jurisprudence a implicitement consacré l'exactitude de l'analyse qui précède. En particulier, un arrêt de la Cour de Pau du 19 février 1901 (3) a considéré comme simulé le contrat prévoyant que les ouvriers d'une coupe de bois travailleraient de façon indépendante.

Ainsi, lorsque le contrat ne prévoit pas les conditions d'accomplissement du travail, une induction du fait au droit permet de réduire l'autorité de fait licite à l'autorité de droit. La même induction, suivie de l'application des règles de la simulation, conduit au même résultat lorsque le contrat prévoit l'indépendance. Toutefois, ce raisonnement n'a pas une portée générale ; il ne peut, en effet, se concevoir si la subordination est imposée par un contrat nul pratiquement observé. Il n'y a pas à induire des faits l'existence d'un engagement dont la réalité n'est pas discutée, mais qui, frappé de nullité, n'engendre aucune obligation. C'est alors en fait, et en fait seulement, qu'une autorité est exercée.

La tentative de réduction de l'état de fait à un état de droit échouerait de même, et pour la même raison, dans tous les cas de subordination illicite : de l'obéissance constatée, on ne peut davantage conclure à une obligation d'obéir qui serait nulle. Mais, d'un point de vue tout différent, on pourrait songer à voir dans cette situation la source d'une responsabilité directe fondée sur l'article 1382. Lorsque l'autorité méconnaît,

(1) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, nos 337-338.

(2) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 342.

(3) Pau, 19 févr. 1901, S. 1901.2.161. Voy. sur ce point : DEMOGUE, V, n° 915.

en effet, une obligation d'indépendance, une faute peut être relevée à la charge de celui qui l'exerce (1). Si cette faute engageait suffisamment sa responsabilité pour les délits de son subordonné, il deviendrait indifférent qu'il possède ou non la qualité de commettant ; la question très délicate de savoir si le fait est, à lui seul, générateur du lien de préposition serait donc indirectement écartée.

L'article 1382 s'applique évidemment lorsque le dommage a été causé par le prétendu préposé dans l'exécution d'un ordre formel du prétendu commettant. Mais cette solution ne présente aucune particularité : l'ordre donné constitue toujours une faute personnelle dont son auteur doit répondre sans qu'il soit besoin de recourir à l'article 1384. La difficulté n'apparaît que si le titulaire de l'autorité de fait n'a pas donné d'instructions relativement à l'acte précis, envisagé *in concreto*, d'où est résulté le dommage. Le problème consiste alors à rechercher l'influence de la faute abstraite, générale, consistant dans l'exercice habituel d'une autorité illicite, sur la responsabilité d'un acte concret, spécialement déterminé, auquel cette autorité, par hypothèse, est restée étrangère. On ne saurait admettre, dans ces conditions, une responsabilité directe que si l'on reconnaissait l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage, ou, plus exactement, entre la faute de celui qui exerce l'autorité et la faute de celui qui la subit, faute elle-même génératrice du dommage. Or, cette condition du lien de causalité fait défaut. Quelle que soit l'opinion qu'on adopte sur sa nature, et même dans la théorie la plus large de l'équivalence des conditions, on ne peut dire que l'autorité illégale à laquelle l'auteur du dommage est habituellement soumis figure parmi les causes de sa faute s'il n'a reçu, en l'espèce, aucun ordre : sans son état de subordination, il n'aurait pas agi de façon différente.

L'idée de faute personnelle, comme source de la responsa-

(1) Une faute est également commise par celui qui se soumet à cette autorité, mais la première seule présente un intérêt pour notre raisonnement.

bilité du titulaire d'une autorité illicite doit donc être, à son tour rejetée : il ne répondra des délits de son subordonné que si la qualité de commettant lui est reconnue.

SECTION II

Solution proposée : Equivalence du fait et du droit.

Impossibilité de réduire toutes les hypothèses d'autorité de fait licite à une autorité de droit ; impossibilité, d'autre part, de faire découler de l'autorité illicite une responsabilité directe : telle est notre conclusion actuelle. Dès lors, la question doit être directement abordée de savoir si la soumission à des ordres non obligatoires est génératrice du lien de préposition. Ici, d'ailleurs, il n'y aura plus à distinguer selon que la subordination est, en soi, licite ou illicite, ni selon la raison, absence d'obligation ou obligation nulle, pour laquelle les ordres ne sont pas obligatoires ; une solution unique sera applicable à toutes les hypothèses étudiées. Elle s'exprime dans le principe suivant : *le fait de donner des ordres pratiquement obéis suffit à donner naissance aux rapports de commettant à préposé.*

Il faut, pour justifier cette affirmation, partir de la situation la plus simple, où se rencontre le droit de direction, et rechercher quelle est, en ce cas, la source véritable de la responsabilité. Ce n'est pas le contrat. Si celui-ci se définit, en effet, une convention productive d'obligations, ces obligations ne naissent, selon un principe fondamental, qu'entre les contractants (1). Or, la préposition a précisément pour effet d'engendrer une obligation de réparer *envers les tiers*. Sans doute, la responsabilité naît-elle d'un acte conventionnel ; mais c'est seulement, selon l'analyse pénétrante de M. Martin, en ce sens qu'il n'appartient « qu'au commettant de la faire naître, parce qu'il n'appartient qu'à lui d'en faire naître les conditions. Cela

(1) Article 1165. C. civ.

fait, ses pouvoirs, si l'on peut ainsi parler, disparaissent. C'est un acte conventionnel qui fait naître une responsabilité légale » (1).

La source proprement dite de la responsabilité est donc dans la loi ; c'est un premier point acquis. Mais il convient de poursuivre l'analyse. Quel est l'élément à prendre en considération pour l'application de la loi, élément qui, représentant *la condition* de la responsabilité, en peut être cependant considéré, sous l'angle pratique et en un sens non technique, comme *la source* ? Est-ce le contrat et l'obligation qu'il engendre ? Est-ce, au contraire, la situation de fait qu'il crée ? La réponse à faire à cette question ne paraît pas douteuse : les rapports internes entre le commettant et le préposé restant en marge de l'article 1384, *ils n'intéressent les tiers qu'en tant qu'ils sont générateurs d'un état de subordination*.

C'est du principe ainsi dégagé que dérive ce corollaire : *dès que l'état de fait existe, le lien de préposition est établi*, et la responsabilité encourue par le titulaire de l'autorité. Le fait supplée le droit, le fait équivaut au droit, parce que le droit, lorsqu'il existe, n'est pris en considération que comme créant le fait, ou comme étant susceptible de le créer d'un instant à l'autre (2).

Si telle est la solution à laquelle conduit le raisonnement directement fondé sur les caractères de l'article 1384 § 5 et sur les conditions véritables de sa mise en œuvre, il est facile de montrer, d'autre part, que, dans les diverses circonstances où elle reçoit application, elle répond exactement aux nécessités pratiques. Lorsque l'autorité est illicite, on ne concevrait pas que le commettant fut admis à se prévaloir du caractère illégal de la situation qu'il a contribué à créer pour échapper à la

(1) BARTIN, sur AUBRY et RAU, VI, § 447, note 15 *sexies*, p. 385.

(2) Voy. la même solution donnée, mais sous la forme de simples affirmations, par MM. DEMOGUE (V, nos 890 et 904) et H. et L. MAZEAUD (I, nos 874, 886, 888, 889).

Contra : note A. A. S. 1931.1.225 (exigence d'un devoir juridique d'obéissance).

responsabilité (1). Sans doute, sa faute n'est-elle pas unie au dommage par le lien de causalité nécessaire pour l'en faire répondre selon l'article 1382; mais elle ne peut aller jusqu'à améliorer sa situation. Pour la subordination licite, le résultat serait certes moins choquant; il pourrait d'ailleurs être fréquemment écarté par une autre voie (2). Mais, lorsqu'une telle subordination a été prévue par un contrat nul, tout détour devient impossible. Ce serait alors exagérer, par une logique étroite, les conséquences de la nullité que d'écarter la responsabilité. Devant deux situations de fait identiques, les garanties des tiers doivent être les mêmes. Peu importe que le commettant n'ait pas le droit de diriger le préposé, dès lors qu'il agit comme s'il avait ce droit. Le contrat est nul, mais ce n'est pas une partie qui l'invoque et, malgré sa nullité, il est constitutif d'un état de fait qui se prolonge tant qu'il est exécuté.

La solution apportée au problème général de l'autorité de fait se trouve ainsi solidement justifiée. Mais cette justification même pourrait être la source d'une objection contre les principes établis dans le chapitre précédent. Le raisonnement sur lequel repose l'idée d'équivalence du fait et du droit ne dépasse-t-il pas, en effet, son but ?

Si un simple état de fait est constitutif des rapports de commettant à préposé, a-t-on dit, c'est parce que le droit n'est lui-même pris en considération que comme étant susceptible de créer le fait. On pourrait, dès lors, penser que le second élément représente le seul critère de ces rapports et qu'il devrait, comme tel, être toujours nécessaire. Le rôle du droit ne serait que subsidiaire; il n'aurait d'autre valeur que de rendre le fait possible. Lorsqu'un droit de direction appartiendrait à une personne qui a confié une tâche à autrui, on présumerait qu'elle donne réellement des ordres à son auxiliaire et, sur la foi de cette présomption, on lui reconnaîtrait, en principe, la qualité de commettant. Mais ce ne serait là

(1) Voy. en ce sens : Req. 1^{er} août 1866, D. P. 1867.1.26 (motifs).

(2) Induction du fait au droit, *Supra*, Section I, p. 194-195.

qu'une présomption simple ; l'existence du lien de préposition ne serait pas admise lorsqu'il serait démontré que, dans la réalité, ce droit n'était pas exercé.

Pour apprécier la portée de cette objection et la valeur que présenterait une telle conception du critère de l'autorité, il convient de distinguer deux situations. Le non-exercice, en fait, d'un droit de direction juridiquement consacré ne dérive pas toujours de la même cause. Tantôt, le titulaire du droit ne *veut* pas l'exercer ; tantôt, au contraire, il ne *peut* le faire en raison d'un obstacle indépendant de sa volonté. Dans les deux cas, il serait également injustifié de soutenir que le droit n'est pas générateur de la qualité de commettant parce qu'il n'a donné naissance à aucun état de fait. Mais les raisons d'en décider ainsi ne sont pas les mêmes dans l'une et l'autre hypothèses.

Lorsque le titulaire du droit néglige simplement d'user des prérogatives qui lui appartiennent, il serait, tout d'abord, illégitime, du point de vue rationnel, de ne pas admettre l'existence des rapports de commettant à préposé. L'autorité de droit dont il est investi lui permet, en effet, d'exercer une influence sur l'activité d'autrui et, par là, de diminuer ou de supprimer les risques de dommages. Ce droit crée pour lui un devoir ; il serait contraire à la logique qu'il pût échapper à la responsabilité par cela seul qu'il néglige de le remplir. En ne donnant pas d'instructions, il commet une faute personnelle. Sans doute, lorsque, du fait de son auxiliaire, un préjudice est subi par un tiers, cette faute personnelle d'abstention ne suffit-elle pas à l'en faire répondre par application de l'article 1382 ; on ne saurait affirmer, en effet, qu'elle soit toujours unie au dommage par un lien de causalité : peut-être, en l'espèce, les ordres qu'il aurait donnés seraient-ils restés sans effet. Mais sa négligence habituelle ne peut paralyser la mise en jeu d'une responsabilité civile du fait d'autrui dans les termes de l'article 1384 § 5.

D'autre part, à supposer même que l'on ne veuille, en principe, tenir compte du droit qu'autant qu'il crée un état de fait,

on se heurterait, du point de vue pratique, à de graves difficultés pour mettre en œuvre cette directive. On se trouve, en effet, en présence d'une situation essentiellement temporaire. A tout instant, le droit peut être exercé et l'état de fait se trouver ainsi constitué. On n'aperçoit donc aucune base pour déterminer le délai pendant lequel il faudrait s'abstenir de toute direction pour éviter d'acquiescer la qualité de commettant. On n'aperçoit pas davantage la solution qu'il conviendrait d'adopter lorsque, le dommage suivant immédiatement la conclusion du contrat, celui-ci n'aurait pas encore commencé, quant à l'obligation d'obéissance, à recevoir exécution.

Ni du point de vue rationnel, ni du point de vue pratique, on ne peut donc refuser de qualifier commettant celui qui, volontairement, n'exerce pas un droit qui lui a été reconnu. Lorsqu'au contraire le titulaire d'un tel droit se trouve dans l'impossibilité de diriger l'auxiliaire qui s'est juridiquement placé sous sa dépendance, il paraîtrait logique et équitable qu'aucune responsabilité ne pesât sur lui. Or, on parviendrait précisément à cette solution si l'on considérait que la qualité de commettant n'appartient qu'à ceux qui exercent, en fait, une maîtrise sur les actes d'autrui. Mais, pour désirable qu'elle soit, une telle conception ne peut se concilier avec les règles de notre droit positif. Il suffit, sur ce point, de rappeler les arguments par lesquels nous avons démontré que la possibilité de donner des ordres n'était pas un élément constitutif de l'autorité (1). Admettre, en effet, que celui qui possède un droit de direction et ne peut l'exercer n'est pas commettant serait méconnaître indirectement la règle de l'interdiction de la preuve libératoire.

D'autre part, l'obstacle qui s'oppose à l'exercice du droit peut, en certaines circonstances, disparaître. Si donc le droit ne crée pas, dans tous les cas, un état de fait, il est toujours *susceptible* de le créer.

Quelles que soient, en résumé, les raisons pour lesquelles

(1) *Supra*, Chapitre 1, Section II, § 1, p. 164-165.

un droit de direction n'est pas exercé en fait, qu'elles tiennent à la volonté de son titulaire ou en soient, au contraire, indépendantes, ce droit n'en reste pas moins générateur des rapports de commettant à préposé. Dans la voie qui conduit à reconnaître des effets juridiques aux situations de pur fait, l'idée d'équivalence du fait et du droit représente un point qui ne peut être dépassé ; on ne saurait légitimement aboutir à une prééminence du fait sur le droit.

Après avoir démontré l'exactitude et limité la portée de cette idée d'équivalence entre les deux éléments de l'autorité, il convient d'en dégager les conséquences pratiques.

* * *

La jurisprudence n'a jamais expressément admis que l'exercice d'une autorité de fait pût donner la qualité de commettant. Elle reste, dans ses motifs, fidèle à l'idée que la responsabilité du fait d'autrui suppose le droit de donner des ordres au préposé (1). Mais certains arrêts paraissent avoir implicitement reconnu le rôle de l'élément de fait.

A côté de ces conséquences indirectement consacrées par les Tribunaux, il conviendra d'exposer d'autres effets logiques du principe dégagé dans l'analyse qui précède. Toutes les questions groupées ainsi dans un tableau d'ensemble ne sont pas entièrement nouvelles. Mais elles ne sont souvent étudiées que d'une façon fragmentaire qui fait apparaître comme contradictoires ou incertaines les solutions qu'elles reçoivent. Systématisées, au contraire, autour de l'idée d'autorité de fait, elles s'enchaînent logiquement. Il ne suffirait d'ailleurs pas, pour les signaler, de renvoyer à l'examen, présenté en tête de ce chapitre, des situations dans lesquelles se pose le problème qui vient d'être résolu et de dire que toutes comportent l'application de l'article 1384. Ce n'était là, en effet, qu'un schéma général qu'il est préférable de reprendre pour

(1) Voy., en particulier les arrêts cités, *supra*, Chapitre I, p. 127, note 1.

insister sur certains points, d'autant que quelques solutions données dans les chapitres précédents y voient s'atténuer leur rigueur et que des hypothèses nouvelles peuvent, d'autre part, s'y rattacher.

Il est certain, en premier lieu, que, si des ordres, sont, en fait, donnés et obéis, l'existence des rapports de commettant à préposé sera admise dans des cas où le contrat en vertu duquel sont fournis les services n'impose pas l'obligation d'obéir, soit qu'il ne se prononce pas sur ce point, soit même qu'il prévoit l'indépendance. Cette première conséquence de l'idée d'équivalence du fait et du droit n'appelle pas de plus grandes précisions.

En second lieu, les mêmes rapports peuvent exister malgré la nullité du contrat (1). C'est une différence formelle avec la solution adoptée en matière d'accidents du travail. La loi du 9 avril 1898 ne s'applique, en effet, qu'autant qu'il existe un contrat de travail valable (2). Ainsi, dans la même circonstance, le patron sera responsable envers les tiers, alors qu'il ne l'est pas envers le préposé lui-même. C'est que l'obligation de réparer les conséquences des accidents survenus par le fait ou à l'occasion du travail, si elle n'est pas une obligation contractuelle mais légale, est néanmoins attachée au contrat : *c'est une suite impérativement attachée par la loi à ce contrat*, une obligation naissant entre contractants, parce que contrac-

(1) En ce sens : DEMOGUE, V, n° 890 ; H. et L. MAZEAUD, I, nos 876 et 889. Cpr. R. DEMOGUE et P. LEPAULLE, *Chronique de jurisprudence*, Rev. trim. 1925, 438, sur un arrêt de la Cour Suprême du Canada du 26 février 1924, qui paraît contraire à cette thèse. Contra : CHIRONI, *Colpa extra-contractuale*, I, n° 173.

(2) Voy. sur ce point : SACHET, *Traité des accidents du travail*, 7^e édition, 1926, I, nos 178 à 184.

Pour la jurisprudence la plus récente, voy. Civ. cass. 25 janv. 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.1.661, *Rev. gén. ass. ter.* 1932.595 ; Civ. cass. 28 juin 1932, D.H. 1932.458, S. 1932.1.302, *Gaz. Pal.* 1932.2.509.

tants (1). Au contraire, l'obligation de réparer envers les tiers les conséquences des délits du préposé, si elle constitue de même une responsabilité légale, n'est pas attachée, nous l'avons vu, au contrat mais à l'état de fait qu'il est susceptible de créer. C'est de cette différence de principe que découle la différence dans les effets de la nullité.

Sur le terrain de l'article 1384, une analyse d'une certaine subtilité s'impose d'ailleurs. Le contrat nul et le contrat valable ne sont pas mis sur le même plan. Lorsque le contrat est valable, il n'est pas nécessaire que le droit de direction qu'il fait naître soit exercé ; mais il n'en est ainsi que parce que cet exercice peut devenir effectif à un moment donné. Dans le cas contraire, l'obligation d'obéissance contractée par le préposé étant nulle, on ne peut le contraindre à respecter les ordres qu'il reçoit ; il lui est loisible d'invoquer, à tout moment, la nullité de l'engagement qu'il a pris. *Aussi, l'existence du lien de préposition ne sera-t-elle alors reconnue que s'il y a, en fait, subordination.* En d'autres termes, l'obligation d'obéissance contenue dans un contrat valable peut ne pas être exécutée ; celle qui est contenue dans un contrat nul n'est prise en considération que si elle est exécutée, et en raison de cette exécution. C'est dire que le fait qu'une obligation ait été contractée est en réalité, dans ce cas, sans influence : la situation est la même que lorsque cette obligation, comme dans la première hypothèse, n'a pas été prévue par le contrat (2).

Nous avons supposé jusqu'ici l'existence d'un contrat auquel

(1) Cpr. ROUAST, *Le caractère alimentaire des indemnités d'accidents du travail*, *Annales de l'Université de Paris*, 1930, p. 148 s. (p. 156-159); COLIN, *Détermination du mandat salarié*, thèse Paris, 1931, n° 52, p. 90.

(2) Une solution contraire sera toutefois donnée pour le cas de nullité relative invocable par le seul commettant. Dans ce cas, en effet, le préposé ne peut se soustraire à l'obligation d'obéir (*Supra*, p. 192, note 1). Il n'est donc pas nécessaire que le droit de direction du commettant ait été en fait exercé, puisque cet exercice ne dépend que de son titulaire. En d'autres termes, *le contrat nul, d'une nullité relative invocable par le seul commettant, est assimilé au contrat valable.*

manquaient certaines clauses imposant la subordination, ou qui était frappé de nullité. Abstraction faite de l'état de dépendance ou d'indépendance, qui n'est qu'une modalité de la prestation des services, celle-ci restait obligatoire dans le premier cas. Au second cas, elle ne l'était plus en raison de la nullité, mais elle l'avait été dans l'intention des parties ou, tout au moins, leur volonté déclarée le laissait croire : le préposé s'était engagé à remplir une certaine mission pour le commettant.

Une troisième conséquence de notre principe nous conduira plus loin. Non seulement il n'est pas nécessaire que le préposé se soit engagé à agir sous l'autorité du commettant, mais il n'est pas même nécessaire qu'il se soit engagé à agir pour lui *dans quelque condition que ce soit* ; il peut s'être mis à sa disposition de son plein gré sans s'y être d'abord obligé. Rien ne permet de distinguer entre cette situation et la précédente. *Les rapports de commettant à préposé ne postulent donc pas l'existence d'un contrat* (1) ni de toute autre source d'obligation en vertu de laquelle le second soit tenu de fournir ses services au premier. De même que la façon de remplir la mission, l'objet même de cette mission peut ne pas être obligatoire : point essentiel dont la principale application est dans les rapports de complaisance qui feront l'objet d'une étude particulière (2).

La quatrième conséquence du principe n'est pas moins importante : *le caractère illicite du rapport d'autorité et de subordination n'est pas un obstacle à la responsabilité*. Par suite, au cas de violation d'une obligation professionnelle d'indépendance, l'article 1384 s'appliquera ; il en sera de même, à l'intérieur de la famille, lorsque le préposé, loin d'être

(1) En ce sens : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 646 ; DEMOGUE, V, nos 890 et 914, et *Rev. trim.*, 1924, 346 ; H. et L. MAZEAUD, I, n° 876 ; STOICESCU, p. 78-79.

Contra : LAURENT, XX, n° 574 ; SOURDAT, II, n° 758 ; LALOU, n° 511.

(2) *Infra* III, Chapitre II, p. 242-251.

normalement soumis aux ordres du commettant, devrait, au contraire, avoir autorité sur lui comme père ou comme époux (1).

La jurisprudence, sans l'avoir jamais adoptée expressément, a fait, dans un arrêt ancien, une application implicite de cette idée. Un notaire, gérant son office comme prête-nom pour le compte d'un tiers, moyennant rétribution ou partage des produits, a été considéré comme le préposé du propriétaire véritable de l'office, celui-ci « n'étant pas admis à invoquer l'illégalité de la situation créée par lui » (2). Sans doute ce motif pourrait-il faire croire à une responsabilité pour faute personnelle. Mais les juges du fond avaient expressément décidé que le titulaire apparent était préposé, et c'est le point sur lequel se fondait le pourvoi, soutenant que cette qualité était incompatible avec la nature de ses fonctions. Aussi est-il indéniable qu'en décidant que le jugement attaqué avait fait « une juste application des principes de droit commun en matière de responsabilité », la Chambre des Requêtes ait entendu consacrer la même solution.

La règle ainsi dégagée doit être étendue à toutes les hypothèses voisines. Qu'un médecin, qu'un officier ministériel, qu'un agent de la police judiciaire agissent sous l'autorité d'autrui, l'article 1384 § 5 trouvera son application. Il faut donc préciser une notion antérieurement étudiée. S'il y a des professions incompatibles avec la qualité de préposé, c'est seulement en tant qu'on s'attache à leur exercice *normal, légitime*, qui oblige leurs membres à rester indépendants. Mais ceux-ci deviennent préposés lorsqu'ils enfreignent les règles de cet exercice régulier, lorsqu'ils abdiquent, en fait, leur liberté d'action. Si le droit de donner des ordres ne peut jamais, dans ces professions, créer un lien de préposition, le fait peut, au contraire, avoir ce résultat.

C'est par le même principe que sera résolue la question de

(1) En ce sens : H. et L. MAZEAUD, I, n° 886.

(2) Req. 1^{er} août 1866, D. P. 1867.1.26.

savoir si le lien de préposition peut exister à l'intérieur de la famille lorsqu'il contredit l'autorité qui doit appartenir au prétendu préposé. Le mari peut-il, par exemple, être le préposé de sa femme ? Il ne suffit pas de répondre, comme on se contente le plus souvent de le faire, qu'en raison de l'autorité maritale, il ne peut lui être subordonné. Que ce soit une situation illogique et contradictoire, c'est un point certain. Mais il en est ici comme pour les règles professionnelles : l'irrégularité juridique d'une situation ne l'empêche pas d'exister en fait, et elle n'en requiert pas moins une solution. Si l'on ne fondait la qualité de préposé que sur l'obligation juridique d'obéir, elle ne devrait certainement pas être admise ici : même pour une mission limitée, le mari n'est jamais tenu de suivre les instructions de sa femme. Mais, si l'on estime comme nous que la subordination de fait est suffisante, la méconnaissance de l'autorité maritale n'empêche pas les rapports de commettant à préposé de se former (1).

La jurisprudence s'est rarement prononcée sur ce point particulier. Sans doute, la Cour d'Agen et, plus récemment la Cour de Paris ont-elles refusé de considérer le mari comme le préposé de sa femme (2). Mais la portée de ces arrêts est tout à fait restreinte. Dans ces deux espèces, en effet, la victime ne s'offrait pas à prouver que le mari ait, en fait, habituellement suivi les instructions de sa femme. Le problème qui se posait ne correspondait donc pas à celui qui vient d'être étudié. L'existence d'un état de fait contraire à l'autorité maritale n'ayant pas été démontrée, la question que ferait naître une telle situation n'a pas été tranchée.

Mais, en faveur de la solution à laquelle conduit l'idée d'équivalence du fait et du droit, on peut tirer argument des

(1) En ce sens : H. et L. MAZEAUD, I, n° 886. Cpr. DEMOGUE, V, n° 889 assez hésitant ; *adde* note *Rev. trim.* 1930.374.

Contra : SAVATIER, note D. P. 1931.1.49, col. 2 *in fine*.

(2) Agen 22 juin 1911, D. P. 1912.2.228 ; Paris 8 nov. 1927, *Rec. Périod. assur.* 1928. 78. Cpr. Commission cantonale Assurances Sociales, Paris VI, 15 nov. 1930, D. H. 1931, *Som.* 37.

décisions nombreuses relatives à l'application des articles 220 du Code Civil et 5 du Code de commerce. Aux termes de ces textes, la femme ne serait réputée commerçante que lorsqu'elle exerce un commerce séparé ; au cas d'exploitation conjointe, ce serait donc toujours le mari qui serait commerçant. Or, si telle fut la solution consacrée au cours du ^{xix}^e siècle par la Cour de Cassation, celle-ci admet aujourd'hui, à la suite d'une évolution progressive, que la femme est commerçante lorsque la direction effective de l'affaire lui appartient (1) : c'est nécessairement dire que le mari ne joue alors, auprès d'elle, qu'un rôle subalterne. La qualité de commerçante chez la femme suppose chez le mari celle de préposé ; il serait contradictoire de ne pas la lui reconnaître le jour où la question de l'application de l'article 1384 se poserait directement.

Enfin, un arrêt de la Chambre des Requêtes du 16 décembre 1929 semble encore se prononcer implicitement en ce sens. La femme propriétaire d'une automobile à la conduite de laquelle elle délègue son mari de façon permanente continue à assumer la garde de cette voiture ; mais, de plus, le mari ne peut être considéré comme un tiers dont la faute soit de nature à faire disparaître la présomption de l'article 1384 § 1 (2). Si la première solution ne suppose pas nécessairement que la femme soit commettante puisqu'on peut conserver la garde d'une chose remise à un autre qu'un préposé (3), la seconde ne peut s'expliquer qu'ainsi. Doit être considéré, en effet, comme un tiers, dont la faute exonère le gardien, toute per-

(1) J. WEIL, *L'exploitation d'un fonds de commerce par la femme mariée sous le régime de la communauté*, thèse Strasbourg, 1930, p. 23 à 38. Voy. en particulier : Req. 5 nov. 1900, D. P. 1901.1.463; Req. 21 oct. 1901, D. P. 1901.1.527 (implicite) ; Civ. cass. 14 mai 1912, D. P. 1912.1.303 (implicite); Civ. rej. 24 févr. 1926, S. 1927.1. 101. C'est, le plus souvent, pour les jugements déclaratifs de faillite que la qualité de commerçante de la femme est discutée devant les Tribunaux.

(2) Req. 16 déc. 1929, D. P. 1931.1.49 note Savatier, S. 1930.1. 308, Rev. trim., 1930. 374 avec les observations de M. Demogue. Cpr. Req. 18 nov. 1929, S. 1930.1. 23.

(3) Voy. sur ce point : SAVATIER, note précitée D. P. 1931.1.49. 11.

sonne dont celui-ci n'est pas civilement responsable (1). Inversement, si le conducteur n'avait pas, en l'espèce, cette qualité de tiers, c'est que la femme était tenue des conséquences de ses fautes, et ce ne pouvait être qu'à titre de commettante. La combinaison des deux solutions données par l'arrêt implique donc l'existence d'un lien de préposition (2).

En vertu des mêmes principes, le père deviendrait préposé au cas très exceptionnel où il remplirait une mission sous l'autorité de son fils mineur (3). On voit ainsi combien des difficultés souvent étudiées de façon confuse, et figurant parmi les plus délicates de la matière, sont éclairées dès qu'on a pris parti sur le problème général de l'autorité de fait.

* * *

Par l'examen des conséquences essentielles de l'idée d'équivalence du fait et du droit, se termine l'analyse qui devait permettre de préciser le contenu de l'idée d'autorité.

On ne saurait, pour rendre compte des résultats de cette analyse, admettre sans réserve l'affirmation de M. Demogue, selon qui « la responsabilité dérive plutôt d'un état de fait que d'un lien de droit » (4). Cette formule a, sans doute, le mérite de montrer clairement que l'interprète doit tenir compte de la pratique effectivement suivie au lieu de limiter ses recherches à l'examen des conventions intervenues ou des relations juridiques existant entre les parties. Mais elle semble impliquer une prééminence du fait sur le droit qui ne peut être acceptée.

Lorsque le droit de donner des ordres existe, il suffit à faire

(1) SAVATIER, *loc. cit.*, p. 51. col. 1 *in fine*.

(2) *Contra* : SAVATIER, note précitée p. 51, col. 2 *in fine* ; mais l'explication proposée par cet auteur est très discutable : contrairement à ce qu'il affirme, on ne saurait admettre que le fait de contracter une assurance soit susceptible d'étendre la responsabilité de l'assuré. Voy. d'ailleurs en notre sens : DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, thèse, Paris, 1931, n° 105 note 4.

(3) Cpr. DEMOGUE, V, n° 889.

(4) DEMOGUE, V, n° 890. Cpr. H. et L. MAZEAUD, I, n° 876.

naître, en la personne de son titulaire, la qualité de commettant ; il n'est pas nécessaire qu'il soit exercé, et les obstacles même qui s'opposent à son exercice ne modifient pas ce principe. *Le lien de droit est donc, à lui seul, générateur des rapports de commettant à préposé.*

Par contre, en l'absence de ce droit, le fait de donner des ordres produit le même effet. *L'état de fait est également, à lui seul, générateur des rapports de commettant à préposé.*

L'autorité apparaît donc, soit comme le droit de donner des ordres, soit comme le fait d'en donner, pourvu, au second cas, qu'ils soient couramment obéis. On est ainsi conduit à admettre l'existence de deux conditions distinctes, dont aucune n'est nécessaire, mais dont chacune est suffisante : deux personnes sont unies par des rapports de commettant à préposé, soit lorsque la première a le droit de diriger l'activité de la seconde, soit lorsqu'elle la dirige en fait.

Si l'on veut étudier certaines applications caractéristiques de la responsabilité du fait d'autrui, c'est sur cette analyse qu'il faut, avant tout, se fonder. Cependant, la jurisprudence, nous l'avons vu, ne prend pas expressément parti sur le rôle du fait. Elle s'en tient au droit, sinon dans ses solutions, dont certaines supposent ce rôle implicitement reconnu, du moins dans ses motifs.

Il sera intéressant, dans la suite de ces développements, de tenir compte de cette particularité. Devant une question pratique donnée, il conviendra, non seulement de se demander comment elle sera résolue d'après la notion de l'autorité qui vient d'être dégagée, mais encore d'indiquer comment elle le serait d'après la seule idée d'autorité de droit, base essentielle de la jurisprudence. Par la comparaison des solutions auxquelles conduisent l'un ou l'autre principe, ce travail conservera le caractère d'une étude de droit positif.

III

LES RAPPORTS DE COMMETTANT A PRÉPOSÉ, SITUATION JURIDIQUE AUTONOME

L'analyse de l'idée d'autorité, critère de la qualité de commettant, nous a mis en présence d'une condition alternative : le droit ou le fait de donner des ordres. Ainsi se trouve dégagé, de deux points de vue complémentaires, le caractère autonome des rapports de commettant à préposé.

Le droit de donner des ordres suffit à les faire naître. Par suite, on écartera l'idée, du reste assez ancienne, selon laquelle les relations de commettant à préposé résulteraient d'un contrat de nature particulière : le contrat de préposition, tenant du mandat et du louage de services (1). On repoussera également la thèse qui ne leur reconnaîtrait d'autre source que le contrat de travail. Si ce contrat représente, en effet, le domaine d'application le plus habituel de l'article 1384 § 5, c'est parce qu'il est lui-même caractérisé par un rapport d'autorité et de subordination. Aussi tout individu lié à celui qui l'emploie par un tel contrat est-il nécessairement préposé (2). Mais la

(1) Sur cette idée, aujourd'hui abandonnée, voy. : SOURDAT, II, n° 886 ; CHEVALIER, p. 60 ; DEMARNE, p. 27 s. ; en particulier p. 34 ; WILLEMS, *Essai sur la responsabilité civile*, *Revue générale de droit*, 1896, p. 22.

(2) *Contra* : WALINE, note D. P. 1929.1.154, col. 2 ; mais c'est une opinion isolée, résultant de ce que cet auteur ne considère pas la subordination comme essentielle au contrat de travail.

réci-proque n'est pas exacte ; aucun rapport de droit n'est inconciliable avec cette qualité, à l'exception de ceux qui excluent la subordination. Il suffit, pour que le lien de préposition existe entre deux personnes, que l'une ait le droit de diriger l'autre dans l'accomplissement de sa mission, *quelle que soit la nature propre du contrat d'où elle tire ce droit* (1).

Il conviendra, en particulier, de se demander si le mandataire est le préposé du mandant. Il sera d'ailleurs plus intéressant de dépasser ce cadre et d'examiner, de façon plus générale, si le représentant est le préposé du représenté.

La même recherche ne s'étendra pas à d'autres contrats ou à d'autres rapports juridiques. On peut, notamment, écarter sans hésitation le louage de choses, puisqu'il apparaît, dès l'abord, certain que le preneur n'abdique aucunement son indépendance vis-à-vis du bailleur, et qu'il ne remplit, d'autre part, aucune fonction pour lui. Si la question est fréquemment étudiée (2), c'est, semble-t-il, par un dernier souvenir du rapprochement traditionnel entre le louage de choses et le louage de services.

(1) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 646 ; DEMOGUE, V, n° 914 et *De la réparation civile des délits*, p. 74 ; CAPRONNIER, p. 125 ; ZINGHER, p. 60 ; FROMAGEOT, *De la faute comme source de responsabilité en droit privé*, p. 150 ; TARBOURIECH, *La responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*, n° 28.

Cpr. JOSSE-RAND, II, n° 508 (la préposition « rapport juridique générale ») ; H. et L. MAZEAUD, I, n° 81.

Voy. l'arrêt remarquablement motivé de Dijon, 24 juin 1931, D. H. 1931. 530 : « Pour savoir si une personne est ou non préposée de l'autre, il faut, sans s'attacher... à la nature du contrat, rechercher si cette personne est ou non liée à l'employeur par une convention telle qu'elle donne le droit à celui-ci de lui donner à tout moment des ordres et des instructions précises sur la manière d'exé-cuter son travail. » *A fortiori*, ne peut-on tirer aucune indication certaine de la profession de l'auteur de la faute (même arrêt).

(2) PLANIOL RIPERT et ESMEIN VI, p. 871, note 2 ; SOURDAT, II, n° 895 ; LABICHE, p. 99 ; LOT, p. 65 ; CAPRONNIER, p. 130-131 ; DEWISME, p. 38 s. ; STOICESCU, p. 76 ; DEMARNE, p. 87 s. ; ZINGHER, p. 66 ; DALLANT, p. 109 s. ; BAGHAT, p. 100 s.

Mais le fait de donner des ordres pratiquement obéis dans l'accomplissement d'une mission déterminée est également constitutif des rapports de commettant à préposé. Parmi les conséquences de ce principe, nous retiendrons l'existence possible d'un lien de préposition sans contrat, pour étudier plus particulièrement le cas des actes de complaisance.

Ainsi, cette nouvelle branche de notre étude nous fera examiner successivement les deux questions des rapports de commettant à préposé dans la représentation et dans les relations de complaisance. Ces questions ne sont, d'ailleurs, prises elles-mêmes qu'à titre d'application de deux idées plus larges : le lien de préposition indépendant de la nature juridique des rapports existant entre le commettant et le préposé ; le lien de préposition en l'absence de rapports obligatoires entre le commettant et le préposé.

CHAPITRE PREMIER

LES RAPPORTS DE COMMETTANT A PRÉPOSÉ ET LA REPRÉSENTATION

La question de l'incidence, sur le patrimoine du représenté, des fautes commises par le représentant doit être étudiée dans la représentation des personnes physiques et dans la représentation des personnes morales.

SECTION I

La représentation des personnes physiques.

L'obscurité qui règne sur cette matière, l'une des plus délicates de notre étude, tient, avant tout, à l'incertitude de la terminologie et à l'imprécision de la notion de représentation, en particulier dans ses rapports avec le mandat.

Il y a représentation lorsqu'un acte juridique étant accompli par une personne (le représentant), il produit immédiatement et directement ses effets au profit d'une autre et contre elle (le représenté) (1). La représentation est légale lorsque le

(1) Cpr. CASSIN, in PLANIOL et RIPERT, VI, n° 54 ; DEMOGUE, I, n° 89 et les références ; CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e édition, n° 316.

On consultera spécialement sur la représentation : PILON, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse Caen, 1897 ; POPESCO-RAMNICEANO, *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, thèse Paris, 1927.

Adde : MADRAY, *Essai d'une théorie générale de la représentation en droit*

représentant tient directement de la loi le pouvoir de représenter, c'est-à-dire de faire naître, par sa propre volonté, des droits et des obligations dans le patrimoine d'autrui ; elle est conventionnelle lorsqu'il tient ce pouvoir de la volonté même du représenté.

C'est une question très incertaine de savoir quelles peuvent être les sources de la représentation conventionnelle. On admet, de façon générale, qu'elle ne peut résulter que du mandat, à l'exclusion de tout autre contrat (1). Mais, à l'inverse, elle n'en découle pas dans tous les cas. Selon une doctrine presque unanime, en effet, il existe deux sortes de mandats : le mandat représentatif qui confère seul le pouvoir de représenter, et le mandat non représentatif, exclusif au contraire de ce pouvoir (2). En d'autres termes, il résulte de ces deux solutions que le mandat est la seule source possible mais qu'il n'est pas une source nécessaire de représentation con-

privé français, thèse Bordeaux, 1931 ; COLIN, *Détermination du mandat salarié*, thèse Paris, 1931.

(1) Cette nécessité d'un mandat, comme source du pouvoir de représenter, ne méconnaît pas la distinction, classique depuis Ihering, de ces deux notions (Voy. sur ce point l'analyse donnée par COLIN, *Détermination du mandat salarié*, thèse Paris, 1931, n° 103. Cpr. CASSIN, in PLANIOL et RIPERT, VI, n° 55). Elles correspondent à deux objets qui restent différents malgré leur coexistence : le mandat, qui est un contrat, ne fait naître que des obligations réciproques *inter partes*, il ne concerne que le côté interne du rapport ; la représentation a trait aux relations du mandant et du mandataire avec les tiers, elle exprime le côté externe du rapport, le lien direct qui se forme entre le représenté et le tiers. Mais ces différences n'empêchent pas que le second rapport ne puisse découler que du premier : les deux questions sont distinctes.

Rationnellement, on concevrait d'ailleurs que la solution contraire fût admise, que d'autres contrats fussent assortis du procédé représentatif. La raison qui s'y oppose en droit français n'est qu'une raison technique : le contrat de travail et le contrat d'entreprise, auxquels on pourrait songer pour cela, sont conçus comme ne pouvant avoir trait qu'aux actes matériels. C'est par une simple conséquence seconde de ce principe, qu'on se trouve dans l'impossibilité de trouver au pouvoir de représenter d'autre support que le mandat (Voy. la question nettement posée par COLIN, *op. cit.*, nos 109 et 112. Cpr. toutefois, DEMOGUE, I, n° 98).

(2) Voy. en particulier : PLANIOL et RIPERT, II, n° 2231 ; COLIN et CAPITANT, II, n° 925 ; DEMOGUE, I, n° 98 ; CASSIN in PLANIOL et RIPERT, VI,

ventionnelle. Dans le mandat non représentatif, qui comprend la commission et le prête-nom, le mandataire contracte en son nom personnel ; les effets de l'acte se produisent d'abord dans son patrimoine, et ne sont qu'ensuite transférés par lui au mandant.

Malgré les termes de l'article 1984 du Code Civil, selon lequel le mandataire est celui qui agit *au nom* d'autrui, ce qui implique normalement la représentation, et malgré l'article 94 du Code de Commerce qui confirme, par opposition, cette interprétation en spécifiant que le commissionnaire agit, au contraire, *en son propre nom*, la représentation est ainsi considérée comme étant de la nature du mandat, non de son essence. Tout représentant conventionnel est mandataire, sans que la réciproque soit exacte : le mandataire est celui qui accomplit des actes juridiques pour le compte d'autrui avec ou sans pouvoir de représenter (1).

n° 55. Mais, cpr. JOSSERAND, II, nos 1399 et 1432, beaucoup moins affirmatif.

Pour une étude plus précise des caractères distinctifs du mandat, voy. COLIN, *op. cit.* (Cpr. sur ce point particulier des deux espèces de mandats : nos 99-102 et l'ensemble des références).

(1) Nous donnons cette définition au texte, parce qu'elle exprime une opinion quasi-unanime sur un point que notre étude ne touche que très incidemment ; mais elle repose sur les bases les plus fragiles. La thèse de la doctrine se résume ainsi : le mandat n'est pas nécessairement représentatif ; la preuve en est que la commission et le prête-nom, qui sont des mandats, ne présentent pas ce caractère. C'est commettre une véritable pétition de principe : la question est précisément de savoir si la commission et la convention de prête-nom sont des mandats, *malgré l'absence du procédé représentatif*. Or, l'article 1984, C. civ. définit le mandat : le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ; l'article 94 § 1, C. comm. définit le commissionnaire : celui qui agit *en son propre nom... pour le compte d'un commettant* ; l'article 94 § 2 C. comm. précise que les droits et les devoirs du commissionnaire qui agit *au nom* d'un commettant sont régis par les règles du mandat. Il résulte directement de ces textes : 1° que le mandataire est nécessairement représentant ; 2° que le commissionnaire ne l'est pas ; 3° que le commissionnaire devient mandataire quand il devient représentant.

En considérant « comme évident que le commissionnaire et le prête-nom, bien qu'ils ne fassent pas connaître leur mandant, ne sont que des espèces

Cette définition de la représentation et cette conception dominante du mandat devaient être, l'une et l'autre, rappelées pour préciser le sens dans lequel ces notions doivent être entendues et délimiter l'objet des difficultés étudiées.

D'une part, le problème que nous nous proposons de résoudre est celui de l'existence du lien de préposition entre représenté et représentant. Il se pose donc aussi bien pour la représentation légale que pour la représentation conventionnelle et dépasse ainsi le cercle du mandat. Mais, à l'inverse, il ne se pose pas pour la commission et le prête-nom. Par l'expression de mandat, on n'entendra désormais ici que le mandat représentatif.

D'autre part, le terme de représentation ne sera employé qu'au sens technique rigoureux dans lequel il a été défini plus haut : est représentant celui qui a le pouvoir d'accomplir un acte juridique de telle sorte que les effets actifs et passifs de cet acte se produisent immédiatement et directement en la personne du représenté. Or, l'activité de certains auxiliaires ou intermédiaires, tels, par exemple, les courtiers, concourt simplement, de façon matérielle, à la conclusion de contrats ou, plus généralement, à la réalisation d'actes juridiques qu'ils n'ont pas le pouvoir de passer eux-mêmes au nom de celui pour qui ils agissent. N'ayant d'autre rôle que de discuter des conditions des contrats, d'en préparer les clauses ou d'en faciliter, par des démarches, la conclusion, ils n'appartiennent pas à la catégorie des représentants (1). Une doctrine récente les qualifie, sans doute, de *représentants des intérêts* d'autrui, mais elle entend, par là, les opposer nettement aux *représentants de*

de mandataires », en en concluant que la définition de l'article 1984 est trop étroite, PLANIOL (II, n° 2231) résout la question par la question. Reste évidemment l'argument historique : le mandat n'était pas représentatif en droit romain. A ce compte, on soutiendrait aussi légitimement qu'il peut s'appliquer à des actes matériels. Les inconvénients de cette définition ne se font pas sentir dans nos développements ultérieurs, puisque ceux-ci sont limités au *mandat représentatif*.

(1) En ce sens : PLANIOL et RIPERT, II, n° 2232, p. 786, note 2 ; DEMOGUE, I, n° 92.

la volonté ou représentants *stricto sensu* (1). De ces derniers seuls, la situation sera étudiée dans la suite de ces développements.

Mais, s'il est facile de faire ces réserves de principe, on ne peut affirmer en toute certitude qu'il soit toujours possible de les respecter dans l'analyse de la jurisprudence. Les arrêts ne constatent pas, en général, si l'auteur d'une faute avait ou non le pouvoir de contracter au nom d'autrui, c'est-à-dire s'il était réellement représentant. Le fait même qu'ils le qualifient mandataire ne démontre nullement l'existence d'un tel pouvoir.

En effet, cette qualité de mandataire est d'abord couramment reconnue au commissionnaire et au prête-nom ; elle l'est même parfois au simple représentant des intérêts d'autrui. Les Tribunaux se réfèrent ainsi à une notion très incertaine du mandat. Tantôt ce contrat serait caractérisé par le pouvoir de représenter, tantôt par l'accomplissement d'actes juridiques, tantôt, plus simplement encore, par la participation purement matérielle, à titre d'auxiliaire ou d'intermédiaire, aux actes juridiques accomplis par autrui. Mais la très grande majorité des décisions ne comportent aucun motif de principe ni aucune constatation de fait assez précise pour qu'on puisse déterminer, parmi ces trois notions, celle qu'elles ont adoptée. Il n'est donc aucun moyen sûr, à la lecture des arrêts, de savoir si on est en présence d'un représentant. Aussi les conclusions tirées de l'examen de la jurisprudence seront-elles ici plus incertaines que dans les autres applications de la responsabilité du fait d'autrui, et ne pourront-elles être utilisées sans réserve.

Les données du problème étant ainsi précisées, il convient de rechercher si le lien d'autorité et de subordination, constitutif des rapports de commettant à préposé, existe dans la représentation. Mais cette recherche serait sans intérêt si une objection de principe s'opposait à ce que le représenté répon-

(1) CASSIN *in* PLANIOL et RIPERT, VI, n° 60.

dit des fautes du représentant ou si un caractère contractuel devait être reconnu à sa responsabilité. Elle serait, de même, inutile si cette responsabilité pouvait être justifiée par une voie plus directe que l'application de l'article 1384 § 5.

Ces deux groupes de questions doivent donc être résolues préalablement à l'examen du problème central.

* * *

La responsabilité du représenté du fait de son représentant soulève une difficulté tenant à l'interprétation de l'article 1998 du Code Civil. Aux termes de ce texte, en effet, le mandant n'est tenu d'exécuter que les engagements contractés par le mandataire conformément au pouvoir qui lui a été donné ; « il n'est tenu de ce qui a été fait au delà qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement ». Or, dit-on parfois, le mandant n'a pu donner pouvoir au mandataire d'accomplir des manœuvres frauduleuses ou de commettre des délits ; il ne saurait donc, en aucun cas, répondre de ses fautes (1).

Cette objection n'est pas convaincante. Le texte invoqué décide seulement que la représentation n'a lieu, que le lien direct ne se forme entre le représenté et le tiers contractant qu'autant que le représentant a agi dans les limites de ses pouvoirs. Il détermine, en d'autres termes, parmi les actes juridiques accomplis par lui, le cercle de ceux qui produisent leurs effets dans le patrimoine du représenté. Il en écarte les actes qui, soit par leur nature propre, soit par le chiffre des intérêts qu'ils engagent, dépassent les pouvoirs qui lui ont été conférés (2) : tel est le cas s'il conclut une vente au lieu d'un louage,

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, I, n° 112 ; Orléans, 4 mars 1896, motifs, S. 1898.2.25, note Balleydier *contra*.

(2) En ce sens : BALLEYDIER, note S. 1898.2.28, col. 3 ; THALLER, note D. P. 1902.1.6, col. 1 ; BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*, *Rev. trim.*, 1914, p. 257 ; Req., 30 janvier 1880, D. P. 1880.1.253.

Cpr. H. et L. MAZEAUD, I, n° 944.

un emprunt de 20.000 au lieu de 10.000 francs. Mais la règle est étrangère aux méthodes suivies par le représentant dans les négociations précédant les contrats qu'il est autorisé à passer. Vouloir écarter la responsabilité du représenté en vertu de l'article 1998 serait aussi illogique que de refuser toute portée pratique à l'article 1384 § 5 sous le prétexte que des actes illicites n'entrent jamais, en eux-mêmes, « dans les fonctions » auxquelles est employé le préposé. Le dol ou la faute du représentant sont parfois commis dans les limites de ses pouvoirs (1) : il suffit qu'il s'en rende coupable en poursuivant le but assigné à son activité.

Rien ne s'oppose donc à ce que la responsabilité du représenté soit admise, mais une condition supplémentaire doit être remplie pour qu'elle puisse découler de l'article 1384 § 5.

L'application de ce texte n'est, en effet, légitime que si l'on se trouve en présence d'une responsabilité délictuelle. Il est, par suite, nécessaire de déterminer le caractère des fautes que peut commettre le représentant.

Ces fautes se groupent sous trois chefs : conclusion d'un contrat excédant les limites de ses pouvoirs, dol ou faute dans la conclusion d'un contrat qu'il avait le pouvoir de passer, délit ou quasi-délit étranger à la formation de tout contrat (2). Le premier cas, qui constitue, selon la terminologie habituelle, l'excès de pouvoir, est à écarter. Il soulève uniquement la question de savoir dans quelle mesure et sous quelles conditions les limites assignées aux pouvoirs du représentant sont opposables aux tiers ; il n'a pas trait à un problème de responsabilité proprement dite. Le représentant n'ayant, d'autre part, que très rarement l'occasion de commettre, dans les

(1) PILON, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse Caen, 1897, n° 107. Dans le même sens : DEMOGUE, III, n° 335.

(2) BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*, *Rev. trim.*, 1914, p. 255 ; DALLANT, p. 89 ; BAGHAT, p. 130.

limites de ses pouvoirs, un délit étranger à la passation de tout acte juridique (1), les fautes les plus fréquentes sont celles qui interviennent dans la phase de négociation et de préparation du contrat.

Lorsqu'une telle faute est commise par un contractant à l'égard de l'autre, elle donne lieu à responsabilité, qu'elle ait ou non suffi à entraîner la nullité du contrat. Il en est de même lorsqu'elle l'a empêché de se former : c'est le cas du retrait injustifié d'une offre (2).

Mais un doute sérieux s'élève sur le caractère de cette responsabilité pour nullité ou non-formation des contrats, d'une façon plus générale, sur le caractère de la responsabilité précontractuelle (3).

Sous l'influence, semble-t-il, des travaux de Ihering, de nombreux auteurs font entrer les situations précontractuelles dans la loi du contrat (4). Les parties, en effet, sont entrées en rapports, sont sorties du cercle des devoirs généraux des hommes les uns à l'égard des autres pour se soumettre, dès le cours des pourparlers, à des obligations plus strictes (5).

(1) H. et L. MAZEAUD, I, n° 943.

(2) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, nos 131-132 et 208.

(3) Sur cette question, qui n'est que mentionnée ici, on consultera avant tout, parmi les ouvrages cités *infra* : dans le sens de la responsabilité contractuelle, LEGROS et ROUBIER ; dans le sens de la responsabilité délictuelle, MAZEAUD et BRUN. Voy. en particulier ROUBIER pour les travaux allemands.

(4) IHERING, Œuvres choisies, II, *Culpa in contrahendo*, nos 11 s. ; SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil allemand*, n° 161 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, I, n° 362 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, nos 131, 189, 492 ; LABBÉ, note S. 1882.2. 249 ; LEGROS, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats*, thèse Dijon, 1900 ; ROUBIER, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, thèse Lyon, 1911 ; BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*, *Rev. trim.*, 1914, p. 255 ; JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse Dijon, 1909, p. 660 et 674, note 1 ; AGATSTEIN, *Le dol des incapables à l'occasion d'un contrat*, thèse Paris, 1927, n° 41.

(5) IHERING, *op. cit.*, n° 16 ; LEGROS, *op. cit.*, p. 40 ; ROUBIER, *op. cit.*, p. 59-60-61.

Lorsque le contrat est nul, ce fait ne l'empêche pas de garder une force suffisante pour donner naissance à des obligations secondaires, parmi lesquelles on compte celle de réparer le dommage causé au cocontractant (1). Dans le cas même où aucun contrat ne s'est formé, on dira qu'un engagement réciproque avait été pris d'agir loyalement durant les négociations ; la violation de cet engagement engendre une responsabilité contractuelle.

Mais, selon une opinion exprimant les idées traditionnelles de notre Droit (2), qui n'ont jamais été entièrement abandonnées et auxquelles revient aujourd'hui la majorité de la doctrine, il n'est pas admissible de rattacher au contrat une obligation de diligence qui, en tout état de cause, lui est antérieure (3). La responsabilité ne peut être contractuelle là où n'existe pas de contrat, ni même là où n'existe pas de *contrat valable* (4). Ce système, qui se place à un point de vue plus réaliste, écartant les fictions sans lesquelles la thèse opposée ne saurait se maintenir, mérite d'être suivi (5).

(1) LEGROS, *op. cit.*, p. 132 ; JAPIOT, *op. cit.*, *loc. cit.* et, de façon plus générale, sur les effets que peut produire un acte nul, p. 660-694.

(2) POTHIER, *Obligations*, n° 19, édition Bugnet, t. II, p. 14 : « ce n'est pas en ce cas la convention qui m'y oblige, cette convention qui est nulle ne pouvant produire aucune obligation ; la cause de mon obligation est l'équité qui m'oblige à indemniser celui que j'ai, par mon imprudence, induit en erreur. »

(3) MARCADÉ, IV, sur l'article 1116, n° 1418 ; AUBRY et RAU, I, § 37 *in fine*, p. 185-186 ; IV, § 343 *bis*, note 9, p. 497 ; DEMOGUE, I, nos 33 s. ; MAZEAUD, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, *Rev. trim.*, 1929, p. 579 s. (nos 22 s.), p. 588 s. (nos 28 s.), reproduit in *Traité de la responsabilité civile*, I, nos 116 s., 123 s. ; BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, thèse Lyon, 1930, nos 139 s. ; PERRIN, *Le dol dans la formation des actes juridiques*, thèse Paris, 1931, p. 49 s.

(4) BRUN, *op. cit.*, n° 143 ; MAZEAUD, *op. cit.*, nos 25 et 28 (*Rev. trim.*), nos 119, 123 et 134 (*Traité*).

(5) Si Ihering, dont la thèse avait paru, un instant, triompher en France, à la suite des travaux de Roubier et Legros, a fait appel, en effet, à la responsabilité contractuelle, c'est, avant tout, pour une raison pratique, parce que le droit romain ne connaissait pas de principe général de responsabilité délictuelle (MAZEAUD, *op. cit.*, n° 23 (*Rev. trim.*), n° 118 (*Traité*)). Dans un droit où un tel principe existe, rien n'oblige à conserver cette théorie : l'idée

Si donc on admet que, « dans la phase qui précède la conclusion du contrat, il n'y a place que pour une responsabilité délictuelle » (1), l'intervention de l'article 1384 § 5 est, *en principe*, possible.

Cependant, même dans ces conditions, la question de savoir si le représenté possède la qualité de commettant ne se poserait pas si sa responsabilité pouvait être justifiée par une voie plus directe.

* * *

L'application des règles mêmes de la représentation, selon certains auteurs, la mise en œuvre de l'idée de risque, selon d'autres, suffisent à faire supporter par le représenté les conséquences des fautes du représentant. Il importe, avant d'apprécier la valeur de ces théories, d'en préciser nettement la portée.

Elles ne tendent pas à donner ici de l'article 1384 § 5 une explication particulière, à le justifier, sur ce point spécial, par les idées de représentation ou de risque ; s'il en était ainsi, il n'y aurait aucune raison, après les avoir condamnées en thèse générale (2), d'en reprendre l'examen. Elles tendent à rattacher directement la responsabilité du représenté, en dehors de tout appui dans les textes, soit à la notion de représentation, soit à celle de risque ; ainsi, le recours à l'article 1384 deviendrait, en l'espèce, inutile ; le représenté serait responsable sans être commettant.

On remarquera toutefois qu'elles sont respectivement inspirées des mêmes conceptions directrices qui faisaient reposer la responsabilité du commettant sur l'une ou l'autre de ces

d'un engagement tacite d'agir loyalement ne peut être considéré que comme une fiction dont MM. Mazeaud et Brun (*op. et loc. cit.*) dénoncent à juste titre l'inutilité.

(1) BRUN, *op. cit.*, n° 167.

(2) *Supra*, partie préliminaire, chapitre II, sections II (risque) et III (représentation), p. 39-54.

idées. Le point de vue fondamental est identique : pour la même raison pour laquelle le commettant répond des délits du préposé, le représenté répond des fautes du représentant sans qu'il soit besoin de texte. Les critiques qui permettront d'écarter de telles explications seront donc analogues à celles qui les ont fait repousser comme fondement de la responsabilité du fait d'autrui ; elles pourront, par suite, être brièvement présentées.

Selon Chironi, la représentation impliquant confusion entre le représentant et le représenté, les actes du premier sont considérés comme les actes du second même s'il s'agit de délits (1). Deux raisons conduisent à ne pas admettre cette opinion.

En premier lieu, les conditions de la représentation ne sont pas réunies. *La contemplatio domini*, intention commune du représentant et du tiers de faire naître les effets du contrat qu'ils concluent dans le patrimoine du représenté (2), fait défaut : « on ne commet pas un délit pour le compte d'un autre » (3). Sans doute, la force de l'objection, très grande pour un délit quelconque, est-elle atténuée pour la faute commise dans la conclusion d'un contrat. Lorsque le représentant emploie des manœuvres frauduleuses, il le fait dans l'intérêt du représenté qui recueille d'ailleurs effectivement le bénéfice du contrat ; quant au tiers, conduit à contracter par ces manœu-

(1) CHIRONI, *Colpa extra-contrattuale*, I, nos 156-160. Dans le même sens : BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*, *Rev. trim.*, 1914, p. 258 ; BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, thèse Lyon, 1930, n° 162 (l'un et l'autre, au moins en ce qui concerne les fautes commises dans la conclusion d'un contrat).

Cpr. BOYER, *Essai sur la représentation dans les actes juridiques*, thèse Toulouse, 1898, p. 108-109.

(2) Voy. sur la *contemplatio domini*, PILON, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse Caen, 1897, nos 50 s. ; POPESCO-RAMNICEANO, *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, thèse Paris, 1927, p. 246.

(3) POPESCO-RAMNICEANO, *op. cit.*, p. 300, *adde*, p. 305, 306.

vres, il entend également ne s'engager qu'envers le représenté. On pourrait soutenir, à la rigueur, que ce sont les éléments même de la *contemplatio domini*. Mais il resterait alors une objection décisive (1) qui a déjà été relevée, sous un aspect particulier, dans la critique de l'idée de représentation comme fondement de l'article 1384.

Le représentant n'est pas, en cette qualité, exonéré des conséquences de ses fautes. Ainsi le veulent les principes généraux de la responsabilité, et cette solution, qui n'est pas discutée en doctrine (2), est formellement consacrée par la jurisprudence. « Si, en principe, décident deux arrêts de la Cour de cassation, le mandataire représente son mandant à l'égard des tiers, il n'en est plus de même en matière de délits et de quasi-délits ; il est alors tenu de réparer personnellement les conséquences de ses fautes » (3). Ces arrêts se prononcent seulement sur la responsabilité personnelle du représentant, et c'est à tort qu'on les interpréterait comme excluant celle du représenté (4). Mais, s'ils ne s'opposent pas à ce qu'elle soit admise, ils s'opposent certainement à ce qu'elle soit fondée sur la représentation. Le trait essentiel de celle-ci consiste en ce que l'acte du représentant produit ses effets dans le patrimoine du représenté, *et dans ce patrimoine seulement* ; un acte auquel il n'a pas participé atteint le représenté, tandis que le représentant qui l'a accompli reste, au contraire, en dehors des droits et des obligations qui en naissent (5). Il ne peut y

(1) POPESCO-RAMNICEANO, *loc. cit.*, p. 300. Sur cette non-application aux délits du principe de la représentation, cfr. PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, XI, n° 1502.

(2) DEMOGUE, I, nos 137-138 ; PILON, *op. cit.*, n° 112-2° ; POPESCO-RAMNICEANO, *op. cit.*, p. 300 ; ROUBIER, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, thèse Lyon, 1911, p. 82 s.

(3) Civ. rej., 25 juin 1889, S. 1891.1.123 ; Req., 12 nov. 1907, S. 1910.1.498. *Adde* : dans des termes moins formels, Req., 17 avr. 1931, S. 1931.1.270.

(4) Voy. pourtant BARTIN sur AUBRY et RAU, VI, § 146-4°, note 13 bis, p. 185 ; mais, dans le sens de l'opinion donnée au texte, CASSIN in PLANIOL et RIPERT, VI, p. 84, note 3 ; COLIN, *Détermination du mandat salarié*, thèse Paris, 1931, p. 109, note 51.

(5) PILON, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obliga-*

avoir représentation sans que ces deux effets, l'un positif, l'autre négatif, se produisent à la fois (1). Il est donc nécessaire de trouver une autre justification de l'obligation du représenté.

M. Demogue fonde cette obligation sur l'idée de risque. La représentation augmente la puissance d'action du représenté ; elle va jusqu'à la créer au cas de représentation légale d'un incapable d'exercice. Augmentant les chances de gain, elle doit augmenter aussi les responsabilités. Par l'utilisation de représentants, « la gestion du patrimoine se transforme, une institution analogue à la personnalité morale par la puissance, par la complexité des rouages, par l'esprit administratif qui y règne, par une certaine communauté d'intérêts entre le représentant et le représenté, se forme » (2). A ce degré extrême, l'argument ne vaudrait que pour le cas où le repré-

tions, thèse Caen, 1897, nos 103 et 108. « Si la représentation s'analyse dans la substitution réelle et complète de la personnalité du représentant à celle du représenté » dans la formation du contrat, une substitution inverse se produit dans son exécution (ROUBIER, *op. cit.*, p. 76). Cette seconde substitution doit être aussi complète que la première (Cpr. LEGROS, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats*, thèse Dijon, 1900, p. 189).

(1) En ce sens : WAHL, note S. 1895.1.242, col. 3; POPESCO-RAMNICEANO, *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, thèse Paris, 1927, p. 300. Cpr. COLIN, *op. cit.*, n° 64. *Contra* : BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, thèse Lyon, 1930, n° 162 (implicitement).

La réfutation de cette objection a été tentée par Legros (*op. cit.*, p. 190). Si le représentant n'est pas tenu des engagements qu'il contracte, c'est en raison d'une clause de non-responsabilité figurant dans le contrat passé entre le représenté et lui, clause qui ne peut s'appliquer au dol : ainsi s'explique, dans ce cas particulier, sa responsabilité personnelle. Mais on sent que l'explication n'est proposée que pour les besoins de la cause : il est inutile de sous-entendre une clause de non-responsabilité pour rendre compte de ce qui résulte directement des principes de la représentation. Elle ne correspondrait d'ailleurs pas au résultat à justifier, puisqu'il s'agit, dans la situation normale, d'échapper, non aux conséquences d'une faute, mais aux effets normaux d'un contrat.

(2) DEMOGUE, III, n° 337 ; voy. aussi : I, n° 138 et V, n° 900.

sentant déploie régulièrement son activité au profit du représenté, condition nécessaire pour que naisse cette sorte d'institution (1). Toutefois, la conception fondamentale est de portée plus générale ; elle est susceptible de s'appliquer à la représentation, même lorsque celle-ci n'a trait qu'à une opération unique.

Mais la recherche d'un tel équilibre entre les chances de gain et les chances de perte ne saurait logiquement conduire à faire supporter par le représenté les conséquences des fautes du représentant. Cet équilibre, en effet, s'établit spontanément, résulte de la nature des choses. De même que le représenté recueille le bénéfice des opérations avantageuses conclues en son nom, de même il doit exécuter les contrats dans lesquels son représentant l'a imprudemment engagé. La responsabilité envers les tiers reste en dehors de cette compensation logique et nécessaire des profits et des risques. Sans doute, pour le dol ou la faute dans la conclusion d'un contrat, est-ce bien le représenté qui en aurait recueilli le bénéfice ; mais l'objection garde toute sa force pour le délit étranger à la formation d'un contrat, et aussi pour l'hypothèse d'abus de pouvoir où le représentant aurait contracté dans un intérêt personnel.

On se souvient, ici encore, que la même équivoque sur la notion de risque était à la source de la théorie selon laquelle la responsabilité du commettant constitue la contre-partie du profit qu'il tire de l'activité du préposé. Par suite, cette thèse était radicalement impuissante à rendre compte de la disposition de la loi. Ne pouvant déjà être admise comme justification *a posteriori* d'une règle expressément édictée par un texte, à plus forte raison est-elle insuffisante comme fondement créateur d'une responsabilité que n'imposerait aucune base formelle.

Les théories de la représentation et du risque, qui devaient conduire plus directement à la responsabilité du représenté,

(1) DALLANT, p. 102.

s'étant révélées fausses, l'application de l'article 1384 § 5 apparaît comme le seul procédé technique permettant de mettre en cause cette responsabilité.

* * *

La question de savoir si un lien de préposition est susceptible d'unir le représenté au représentant ne peut être résolue que si l'on tient compte à la fois des règles de la représentation et de la responsabilité du fait d'autrui. Celle-ci suppose l'exercice d'une autorité sur le préposé; les principes de celle-là ne s'opposent-ils pas à cette subordination du représentant ?

Selon l'analyse proposée par la doctrine moderne, qu'il ne peut être question d'exposer ici dans tous ses détails, l'idée traditionnelle de fiction, selon laquelle le représenté serait censé contracter lui-même, doit être abandonnée. La représentation, c'est-à-dire le lien direct qui se forme entre le représenté et le tiers contractant, repose, non sur la volonté du représenté, mais sur celle du représentant. C'est celui-ci qui contracte, qui exprime « sa volonté propre » ; sa personnalité se substitue à celle du représenté (1). Dans ces conditions, ne jouit-il pas nécessairement d'une initiative et d'une liberté exclusives de la qualité de préposé (2) ?

Si la majorité des auteurs appliquent ici l'article 1384 § 5 (3),

(1) PILON, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse Caen, 1897, n^{os} 31 s. ; CASSIN, in PLANIOL et RIPERT, VI, n^{os} 56-57. Cpr. POPESCO-RAMNICEANO, *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, thèse Paris, 1927, p. 200-222. Nous ne faisons état que de cette théorie, selon laquelle le représentant déclare sa volonté propre, théorie la plus défavorable à l'application de l'article 1384. Dans les autres théories sur la nature de la représentation (volonté du représenté ou coopération), l'objection à l'existence du lien de préposition disparaît ou s'atténue (Voy. l'exposé précis de ces théories de la représentation, par COLIN, *Détermination du mandat salarié*, thèse Paris, 1931, n^{os} 73-88).

(2) En ce sens: BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*, *Rev. trim.*, 1914, p. 255.

(3) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n^o 647 ; CASSIN, *eod. op.*, n^o 65 ; Jos-

c'est en négligeant, le plus souvent, d'examiner cette objection; mais la valeur en paraît très forte dès que l'exposé des principes de la représentation la fait, au contraire, apercevoir. Elle peut être cependant écartée.

Bien que le représentant déclare sa volonté propre, le rapport de représentation ne se crée qu'autant qu'il a déclaré *une volonté conforme à celle du représenté*; c'est la preuve du rôle qui appartient à celui-ci. La volonté du représentant intervient seule lorsqu'il entre en relations avec les tiers; mais, dans la représentation conventionnelle, le représenté a préalablement déterminé le cadre dans lequel il pourrait agir. L'un contracte, mais l'autre lui a donné pouvoir de le faire (1). Aussi le mandataire a-t-il pu recevoir du mandant des instructions relatives, non seulement au but à atteindre, mais aux moyens de remplir son mandat. Ce qui est vrai, c'est que la distinction du but et des moyens est nécessairement moins nette pour les actes juridiques que pour les actes matériels. Dès que le représenté ne s'est pas borné à prescrire l'acte qui doit être conclu pour son compte et en son nom, mais en a précisé certaines modalités, on doit dire que les instructions données au représentant ont trait au mode d'exécution de sa mission. Il en est ainsi, par exemple, si, ayant reçu le pouvoir

SERAND, II, nos 508 et 1396; LALOU, n° 492; ZINGHER, p. 59; PILON, *op. cit.* n° 106; CORBESCO, *De la représentation dans les actes juridiques et notamment dans les contrats*, thèse Paris, 1912, n° 153; BOQUIER, *Etude générale de la représentation dans les actes juridiques*, thèse Montpellier, 1899, p. 81-82; COLIN, *op. cit.*, n° 67; PERRIN, *Le dol dans la formation des actes juridiques*, thèse Paris, 1931, p. 177; BALLEYDIER, note S. 1898.2.25; WAHL, note S. 1895.1.242, col. 3.

Cpr. PERCEROU, *Des abus de la raison sociale*, *Annales de droit commercial*, 1898, p. 136.

Contra: DALLANT, p. 88 s. et note D. P. 1931.1.174, col. 2; GARNIER, p. 80; BAGHAT, p. 130 s.; LEGROS, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats*, thèse Dijon, 1900, p. 182; BECQUÉ, *op. cit.*, p. 255. Cpr. POPESCO-RAMNICEANO, *op. cit.*, p. 301 s., d'opinion hésitante, mais qui aperçoit très nettement l'objection discutée au texte.

(1) PILON, *op. cit.*, n° 36, p. 51-52 et n° 37. Cpr. COLIN, *op. cit.*, nos 81 s., qui démontre clairement le rôle successif des deux volontés; il est impossible de ne pas admettre qu'elles coopèrent *dans le temps*.

d'acheter une maison, il est dans l'obligation de contracter à un prix déterminé, et moyennant telles ou telles conditions de paiement, ou s'il est tenu de passer telles ou telles conventions accessoires. Sans doute, doit-il conserver une certaine liberté, un pouvoir personnel de délibération et de décision, sous peine de se confondre avec le simple messenger. Mais les restrictions apportées à son initiative peuvent être suffisantes pour que le lien de subordination existe (1). La subordination s'entend, en effet, de l'obligation d'obéir aux instructions qu'on reçoit; elle n'exige pas qu'on soit réduit, en quelque sorte, au rang d'un simple intermédiaire mécanique. D'autre part, les instructions les plus caractéristiques à ce point de vue ne sont pas celles qui sont données à l'entrée en fonctions et qui peuvent être confondues avec une simple limitation contractuelle de la liberté d'agir (2), mais celles qui sont reçues au cours de la mission. Or, le mandant est, le plus souvent, en droit de donner de telles instructions au mandataire et de modifier certaines modalités du pouvoir qu'il lui a conféré (3).

Sous réserve de la difficulté, que nous avons signalée, de savoir, en certains cas, si l'on est en face de véritables repré-

(1) Saleilles (*Personnalité juridique*, p. 653), recherchant la distinction entre le mandataire et le préposé *stricto sensu*, a pu aller jusqu'à dire que c'est le premier qui « n'a en propre aucune initiative parce qu'il ne tire son pouvoir que des instructions de son mandant », tandis que le second « a toutes les initiatives inhérentes à la fonction qu'il remplit, ne trouve qu'en elle les limites et l'étendue de son activité ». Mais cette idée est manifestement exagérée.

Il n'est d'ailleurs pas plus exact de dire que « le préposé remplit un office que le préposant n'est pas qualifié pour accomplir », tandis que le mandataire représenterait « un élément surrogatoire, dont on aurait du normalement se passer » (SALEILLES, *loc. cit.*) : l'aide de certains mandataires est indispensable, celle de certains préposés facultative.

(2) Sur cette simple limitation contractuelle de la liberté des méthodes, qui n'est pas génératrice du lien de préposition, voy. *supra*, II, chapitre I, section II, § 2, p. 142-145.

(3) DEMOGUE, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, *Rev. trim.*, 1907, p. 271.

sentants, il ne semble pas que cette conception du mandataire préposé soit étrangère à la jurisprudence. Sans doute, si elle admet la responsabilité (1), n'en précise-t-elle pas, le plus souvent, le fondement, et les motifs des décisions restent-ils laconiques. Mais, déjà, lorsqu'elle déclare que le mandant est responsable de son choix, la Cour de cassation se prononce implicitement en ce sens, considérant, il est vrai, cet élément, contrairement à ce que nous avons admis, comme le critère des rapports de commettant à préposé (2). De plus, quelques arrêts visent formellement l'article 1384 (3). Enfin, et surtout, l'ensemble des solutions qu'ils donnent n'est logiquement explicable que dans cette théorie.

Les deux autres thèses, — représentation et risque —, conduiraient, en effet, à placer sur le même plan la représentation conventionnelle et la représentation légale ou judiciaire (4). Fondée sur l'article 1384, la responsabilité n'existe, au contraire, que pour la représentation conventionnelle, la seule compatible avec l'existence d'un lien d'autorité et de subordination entre le représenté et le représentant (5).

(1) Req., 14 juin 1847, D. P. 1847.1.332; Req., 20 janv. 1880, D. P. 1880.1.253; Nancy, 25 févr. 1890, *Gaz. Pal.*, 1890.1.533; Bordeaux, 13 nov. 1890, D. P. 1892.2.364; Req., 30 juill. 1895, D. P. 1896.1.133, S. 1896.1.288; Civ. rej., 4 déc. 1899, D. P. 1900.1.14; Tr. civ. Saint-Sever, 14 juin 1900, *Gaz. Pal.*, 1900.2.486.

Cpr. Civ. rej., 15 juin 1898, S. 1899.1.209, note Tissier.

Contra : Orléans, 4 mars 1896 (motifs), S. 1898.2.25, note Balleydier.

(2) Req., 14 juin 1847, Civ., rej. 4 déc. 1899, précités. Ce motif conduit inévitablement à considérer le mandataire comme préposé; sinon « l'élément de choix reste à l'état imprécis d'une présomption de fait » (DALLANT, p. 102).

(3) Nancy, 25 févr. 1890, précité; Tr. civ. Saint-Sever, 14 juin 1900, précité (sans se fonder de façon absolue sur l'article 1384 § 5, cette dernière décision admet la responsabilité du mandant *pour les mêmes motifs* pour lesquels a été édictée celle du commettant).

(4) En ce sens : DEMOGUE, I, n° 137, III, n° 337 (pour le risque); TISSIER, note S. 1899.1.210, col. 3 et LEGROS, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats*, thèse Dijon, 1900, p. 191 (pour la représentation).

(5) La qualité de préposé doit, de même, être refusée au gérant d'affaires qui, par définition, a agi de son propre mouvement; la ratification, elle-

Or la jurisprudence a statué en ce sens par des décisions, à vrai dire peu nombreuses, mais vis-à-vis desquelles on ne relève pas de dissidences et qu'approuve la majorité de la doctrine. Les délits et quasi-délits du tuteur ne font naître aucune responsabilité à la charge de l'incapable, et, de même, son dol ne peut donner lieu à des dommages-intérêts (1). Toutefois, sans que les arrêts se soient prononcés formellement sur ce point, on considère à peu près unanimement que ce dol reste une cause de nullité ; le mineur ne reçoit de son tuteur que les contrats « tels qu'il les a faits, et sans qu'ils puissent être plus solides pour lui que pour d'autres » (2). L'équité l'exige et les principes ne s'y opposent pas : il ne s'agit pas, en effet, de savoir si le représenté encourt une responsabilité, mais si le consentement du tiers contractant a été vicié. Le dol ne permet, sans doute, d'annuler l'acte passé que lorsqu'il émane du cocontractant, mais on ne saurait refuser cette qualité au représentant s'il est vrai « qu'il participe réellement et direc-

même, ne la lui confère pas rétroactivement. Sur ce point, il ne paraît pas exister de jurisprudence ; mais voy. en notre sens : LALOU, n° 496 ; H. et L. MAZEAUD, I, n° 948 ; DALLANT, p. 104 ; GARNIER, p. 82. *Contra* : DEMOGUE, V, n° 893.

(1) Bastia, 23 janv. 1855, D. P. 1855.1.249 ; Civ. cass., 27 mars 1888, S. 1888.1.366 ; Req., 21 mars 1893, D. P. 1893.1.433, note PLANIOL, S. 1895.1.241, note WAHL ; Civ. cass., 7 mai 1894, S. 1898.1.510.

En ce sens : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 647 ; LALOU, n° 494 ; H. et L. MAZEAUD, I, n° 948 ; PILON, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse Caen, 1897, n° 105. Cpr. ROUBIER, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, thèse Lyon, 1911, p. 79, note 9.

Contra : DEMOGUE, I, n° 137, III, n° 337 ; TISSIER, note S. 1899.1.210.

(2) PLANIOL, note D. P. 1893.1.433. Dans le même sens : AUBRY et RAU, IV, § 343 bis, note 28 ; PERRIN, *Le dol dans la formation des actes juridiques*, thèse Paris, 1931, p. 274 s.

Cpr. PILON, *op. cit.*, n° 105.

Contra : WAHL, note S. 1895.1.242.

L'arrêt de Req., 21 mars 1893, cité à la note précédente, n'approuve nullement, quant au fond, le motif de la décision attaquée qui exprimait la thèse contraire ; de plus, il est incertain que, même dans cette décision, pareille opinion ait été adoptée : PLANIOL, note sous l'arrêt, D. P. 1893.1.433, col. 3.

tement à la formation du contrat » (1). L'opinion contraire (2), qui est restée isolée, reposait sur une méconnaissance du fondement de l'action en nullité de l'article 1116. Elle en exagérait le caractère délictuel, elle en éliminait à peu près complètement l'idée de vice du consentement, pour n'y voir que la sanction d'une faute, c'est-à-dire une simple forme de l'action en réparation du préjudice causé (3).

Quant à l'irresponsabilité de l'incapable en ce qui concerne la condamnation à des dommages-intérêts, elle enlève sans doute quelque sécurité aux tiers et, comme telle, elle a encouru les critiques des partisans du risque (4). Mais ces reproches ne sont pas fondés. Il ne serait pas naturel que le fonctionnement d'une institution de protection pût faire naître des engagements nouveaux, et pour lui sans contre-partie, à la charge du patrimoine de l'incapable. Si l'intérêt des tiers est en quelque mesure sacrifié, agissant librement ils peuvent se protéger eux-mêmes contre les dommages qu'ils risquent de subir, tandis que le représenté se verrait imposer la responsabilité d'actes dont il lui était juridiquement impossible d'empêcher l'accomplissement. L'article 1384 § 5, qui en donne seul l'explication rationnelle, marque donc aussi de façon équitable les limites de la responsabilité du représenté, « fondée et mesurée, comme l'a écrit M. Pilon, sur la part qu'il a eue dans la création du rapport de représentation » (5).

Il faudrait cependant se garder de prendre cette idée à la lettre, et de donner, même pour la représentation convention-

(1) PILON, *op. cit.*, nos 13 s. Si la nullité retombe en définitive sur le représenté, c'est que celui-ci n'est pas un tiers par rapport au contrat passé (sur ce point : PILON, p. 144, note 189).

(2) WAHL, note 8. 1895. 1. 242: Le tuteur n'est pas partie au contrat et l'article 1116 s'oppose à la nullité.

(3) Voy. sur cette question du dol, vice du consentement, FERRIN, *op. cit.*, p. 164 s., et, sur les conséquences à tirer du principe adopté, pour la responsabilité de l'incapable, p. 274 s.

(4) DEMOGUE, I, n° 137.

(5) PILON, *op. cit.*, n° 105.

nelle, une solution rigide (1). Les instructions que reçoit le mandataire sont plus ou moins étroites ; il arrive parfois qu'il n'en reçoive aucune. Le principe est donc le suivant : *rien ne s'oppose à ce qu'un représentant conventionnel soit préposé, mais rien n'oblige, à l'inverse, à lui reconnaître en tous les cas cette qualité* (2). C'est admettre pleinement le caractère autonome du lien de préposition ; non seulement, il peut résulter de différents contrats, mais un contrat déterminé peut le comporter ou non suivant les clauses qu'il contient.

Lorsque le mandataire n'est pas préposé, ses fautes n'engagent pas la responsabilité du mandant (3). Mais, en ce cas comme dans la représentation légale, la nullité due au dol du représentant est opposable au représenté puisqu'il ne s'agit, alors, que d'appliquer la théorie des vices du consentement.

Fondée sur le droit de direction plus ou moins étroit que s'est réservé le mandant, la distinction entre mandataires préposés et mandataires indépendants ne peut être qu'une question d'espèces. Le juge sera cependant guidé par quelques lignes directrices.

Le caractère révocable du mandat précise incontestablement la subordination. Celui à qui ses pouvoirs peuvent être retirés d'un instant à l'autre est difficilement indépendant ; la situation où il est lui fait une obligation de suivre les instructions qu'il reçoit. Mais, bien que l'hésitation soit permise, nous ne pensons pas que la révocabilité soit toujours nécessaire à l'existence de la subordination ; bien qu'il ait alors moins de chances d'être obéi, le droit de direction peut appartenir au mandant sur un mandataire irrévocable (4).

L'opposition entre le mandat général et le mandat spécial est plus importante ; le premier comporte, le plus souvent,

(1) Cpr. POPESCO-RAMNICEANO, *op. cit.*, p. 305.

(2) En ce sens : H. et L. MAZEAUD, I, n° 946.

(3) En ce sens : H. et L. MAZEAUD, *loc. cit.* Cpr. PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, XI, n° 1502.

(4) En ce sens : COLIN, *Détermination du mandat salarié*, thèse Paris, 1931, p. 113, note 68. *Contra* : DEMOGUE, V, n° 896 ; H. et L. MAZEAUD, I, n° 946.

une indépendance qui fait habituellement défaut dans le second (1).

Enfin, il est encore nécessaire de tenir compte du caractère de certaines professions qui ne peuvent être normalement exercées sous la direction d'autrui : telle est, en particulier, la situation des officiers ministériels, parmi lesquels les avoués au moins sont les représentants de leurs clients ; il suffit de renvoyer aux développements qui ont été consacrés à cette question de l'indépendance légalement imposée (2).

Parmi les mandataires professionnels, seront donc seuls susceptibles d'être préposés ceux qui n'offrent pas directement leurs services au public, mais représentent, de façon permanente, un ou plusieurs maîtres, au nom desquels ils ont, au contraire, pour rôle de passer des contrats avec le public : tels les représentants de commerce et les agents d'assurances (3). Leur situation est évidemment très différente de celle de l'avoué par exemple. Celui-ci a successivement pour

(1) COLIN, *op. cit.*, n° 63 ; H. et L. MAZEAUD, *loc. cit.*

(2) *Supra*, II, chapitre I, section II, § 2. Cpr. COLIN, *op. cit.*, n° 69. Le plus souvent, il en sera également ainsi pour les membres des autres professions libérales, qui, dans la réalité, ne se placent pas sous l'autorité de leurs clients, alors même qu'ils ne sont pas soumis à une obligation d'indépendance (architectes, par exemple, dans la mesure où ils sont mandataires, c'est-à-dire lorsqu'ils règlent les mémoires des entrepreneurs).

(3) Voy. en ce sens, pour les agents d'assurances : Civ. cass., 27 nov. 1929, D. H. 1930.68, S. 1930.1.247, *Rev. trim.*, 1930.370 ; Civ. cass., 3 mars 1931, D. H. 1931.268, *Rev. trim.*, 1931.876.

La faute de l'agent consiste, le plus souvent, à ne pas remplir toutes les formalités ou à ne pas transcrire toutes les déclarations nécessaires à la régularité de la police. (Tel est le cas sur lequel ont statué les deux arrêts cités : dans la première affaire, l'agent avait laissé croire au souscripteur que le contrat était définitif, alors que son adhésion devait, en réalité, être soumise à l'agrément du conseil ; dans la seconde, il avait omis de transcrire, sur l'un des exemplaires de la police, une déclaration du souscripteur relative à sa qualité professionnelle). Lorsqu'il en est ainsi le contrat est, en principe, nul ; mais la réparation la plus naturelle du préjudice subi par l'assuré est de le valider malgré son irrégularité ; on prive la compagnie du droit de se prévaloir des erreurs et inexactitudes, ou du défaut d'accomplissement de certaines formalités dues à la faute de son préposé (Voy. le deuxième arrêt cité).

mandants tous les clients qui s'adressent à lui; ceux-là représentent toujours les mêmes commerçants, les mêmes assureurs, et passent en leur nom des contrats successifs avec des tiers distincts.

SECTION II

La représentation des personnes morales

La responsabilité des personnes morales du fait de leurs représentants ne sera étudiée ici que sous un angle particulier, en tant qu'elle peut être fondée sur l'article 1384 § 5. L'examen de cette question ne nécessite pas la discussion des différentes théories de la personnalité morale. Sans doute a-t-on prétendu que telle de ces théories, — celle de la fiction —, s'opposait à ce qu'on admit la responsabilité, ou empêchait au moins qu'on la fit reposer sur cette base. Mais c'est là une opinion qu'il est impossible d'accepter. En une matière où sa liberté n'est pas limitée par les textes, l'interprète n'est jamais tenu de respecter un concept abstrait d'où les solutions pratiques découlent nécessairement. Ce sont, au contraire, ces solutions qui doivent d'abord être fixées d'après les exigences, soit de l'équité, soit de l'intérêt social. La construction théorique ne sert ensuite qu'à les expliquer : elle ne doit pas les commander, mais s'adapter à elles (1). D'autre part, si rien ne s'oppose, *a priori*, à ce que l'article 1384 régie la responsabilité des personnes morales, c'est encore, et plus simplement, parce qu'il ne s'explique pas par une présomption de faute. Dès lors, même si l'on part du principe, dérivant de la thèse de la fiction, que les personnes morales ne sauraient commettre

(1) C'est la prééminence du *donné* sur le *construit* : voy. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*. Sur l'application de cette idée à notre question : DEMOGUE, III, n° 358 *in fine* et surtout, SALEILLES, *Personnalité juridique*, p. 308-309 ; Cpr. RIPERT, *Règle morale*, n° 127 *in fine*. Adde THALLER et PIC, *Traité des sociétés commerciales*, I, n° 162, qui montrent le peu d'importance, sur le terrain pratique, des controverses relatives à la personnalité morale.

de faute, cette disposition, n'édicte qu'une obligation légale de garantie, peut cependant leur être applicable (1).

Au surplus, l'intervention, en ce domaine, des règles de la responsabilité du fait d'autrui est, en réalité, couramment admise. On décide, en effet, sans discussion, que la personne morale répond, comme commettante, des fautes des employés subalternes qui sont liés à elle par un contrat de louage de services (2). Or, si une objection valable s'opposait à une telle solution, elle vaudrait aussi pour ce dernier cas ; en particulier, si l'on était en présence d'une présomption de faute, celle-ci ne serait pas davantage susceptible de remonter à l'être fictif.

La responsabilité du fait des représentants pourrait donc, *en principe*, résulter de l'application des mêmes règles. La seule question qui se pose est de savoir si le rôle qu'ils remplissent permet de les considérer comme préposés. Or, bien que la solution contraire soit fréquemment enseignée (3), ce caractère ne doit pas leur être reconnu. En effet, il ne faut pas seulement faire entrer dans cette catégorie des représentants ceux qu'on peut appeler, dans un sens large, les administrateurs de la personne morale, qui agissent personnellement en son nom, les seuls dont on s'occupe d'ordinaire (gérants et administrateurs de sociétés, membres du bureau d'un syndicat ou d'une association), mais aussi l'organe collectif que constitue l'Assemblée générale du groupement (4) : très discutée pour les premiers, la qualification de préposés ne se conçoit pas pour une assemblée.

(1) SALEILLES, *op. cit.*, p. 329; RIPERT, *Règle morale*, n° 127. Il en serait autrement, bien entendu, si l'article 1384 s'expliquait par l'idée de faute : MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, II, n° 270 ; DEMOGUE, III, n° 355 ; SALEILLES, *op. cit.*, p. 333 ; LORNE, *La responsabilité civile des personnes morales et de leurs représentants*, thèse Paris, 1910, p. 26 s.

(2) LORNE, *op. cit.*, p. 86-87 ; ZINGHER, p. 79.

(3) THALLER et PIC, I, nos 206 et 481 et les références données ; LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, I, n° 304.

(4) Cpr. DEMOGUE, III, n° 346. Voy. sur l'organisation collégiale de l'organe : MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, I, n° 64 bis.

Dans les idées généralement admises, les administrateurs sont des mandataires. L'article 22 de la loi du 24 juillet 1867 le déclare expressément pour les administrateurs de sociétés, les seuls dont nous parlerons désormais, *brevitatis causa*, étant entendu que les mêmes principes gouvernent, à ce point de vue, toutes les personnes morales de droit privé. Or, tous les mandataires ne sont pas préposés, mais seulement ceux qui agissent sous l'autorité de leur mandant. Sans doute, serait-on tenté de soutenir que les administrateurs sont, vis-à-vis de l'Assemblée générale, dans cette situation, qu'ils reçoivent d'elle des instructions obligatoires et ne font qu'exécuter ses décisions. Mais une telle opinion serait discutable car les instructions données ne sont, le plus souvent, relatives qu'au but à atteindre. D'autre part, et surtout, cette assemblée, dont ils seraient les subordonnés, n'est pas la personne morale elle-même, « *universitas ipsa*, mais déjà quelque chose qui la représente » (1). On ne saurait d'ailleurs soutenir, pour cela, que le mandat émane de l'ensemble des membres de la société : en nommant les administrateurs, en dirigeant leur activité, ils n'agissent pas à titre personnel. S'il existe un rapport de représentation, c'est bien entre la société et les administrateurs, mais la qualification de mandataires donnée par la loi de 1867 n'est pas entièrement exacte : c'est un rapport de *représentation légale*. « On donne un représentant à la personne morale, comme on en donne un au fou ou à l'infans, et pour une raison semblable, pour suppléer à l'insuffisance de sa volonté » (2). C'est un motif de plus pour refuser à ce représentant la qualité de préposé.

A plus forte raison, n'appartient-elle pas à l'assemblée elle-même, pouvoir souverain dans le gouvernement du groupe. Cette souveraineté s'y oppose directement ; *quis custodiet cus-*

(1) MICHOUX, *op. cit.*, I, n° 59 et surtout II, n° 270. Cet auteur en conclut que ce n'est pas la personne morale qui choisit ses administrateurs ; on peut affirmer avec la même certitude que ce n'est pas elle qui les dirige.

(2) MICHOUX, *op. cit.*, I, n° 59 qui ne fait, d'ailleurs, qu'exposer cette idée et se rallie personnellement à une théorie différente : celle de l'organe.

todes ? (1) La responsabilité doit cependant exister pour les délits commis par l'Assemblée Générale, et, si le cas n'est pas de nature à se rencontrer fréquemment, on peut en concevoir des exemples : décision prise d'employer des procédés de concurrence déloyale, vote d'un ordre du jour diffamatoire. Ce n'est pas comme sujet actif d'un rapport de préposition que la personne morale est alors tenue à réparation. Si l'on donnait ce fondement à la responsabilité du fait des administrateurs, on devrait l'abandonner ici ; cette analyse forcée n'assurerait pas même l'unité de la théorie.

L'article 1384 écarté, il n'entre pas dans l'objet de notre étude de rechercher le principe justificatif de la responsabilité des personnes morales. Celle-ci semble, d'ailleurs, s'imposer surtout par des considérations d'ordre pratique et des arguments d'équité. Qu'on y voit une application de l'idée de risque (2), admissible, même pour ceux qui se refusent à en faire une thèse générale, en une matière où la faute ne se conçoit pas ; qu'on l'explique plus scientifiquement par une conception générale du rôle des administrateurs, non plus représentants mais organes de l'être collectif, incarnant sa volonté, de telle sorte que celui-ci devient directement responsable d'actes qui « aux yeux de la loi sont ses propres actes » (3) : l'argument le plus probant reste qu'un groupement ne peut exercer les droits qui appartiennent à la personne physique sans être tenu des mêmes obligations. On ne peut, à la fois, être sujet de droit et échapper à la responsabilité (4).

(1) Saleilles (*Personnalité juridique*, p. 335) adresse déjà cette objection à la conception des administrateurs préposés.

(2) En faveur de cette idée : DEMOGUE, III, n° 351.

(3) MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, nos 60 s.; *adde*, II, nos 275 s.

(4) En ce sens : MICHOU, *op. cit.*, n° 274 *in fine*; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 501.

Comme le démontre parfaitement Michoud (*loc. cit.*), on ne saurait tirer argument, en sens contraire, du fait que l'acte illicite serait contraire à la

Dans le droit allemand et dans le droit suisse qui consacrent formellement cette responsabilité, il a été déclaré, au cours des travaux préparatoires, qu'elle n'impliquait, sur la nature de la personnalité morale, l'adoption d'aucune théorie de préférence aux autres, mais reposait seulement sur des motifs d'opportunité (1). En l'absence de texte, la jurisprudence française n'a pu méconnaître les nécessités du commerce juridique : incertaine sur le fondement technique qu'elle doit lui assigner, elle n'a pas hésité à la reconnaître (2). L'une de ses sources les plus remarquables résulte *des abus de raison sociale*. Lorsqu'un gérant ou un administrateur passe un contrat dans son intérêt personnel sous la signature sociale ou dans les formes statutaires, ce contrat, dans la rigueur des principes, est normalement inopposable à la société. Mais celle-ci répond de la faute de son administrateur et la validation de l'acte est la meilleure réparation du préjudice causé au tiers contractant (3). C'est à tort que certains arrêts, peu nombreux d'ailleurs, invoquent l'article 1384 § 5. Mais la question est dénuée d'importance pratique véritable dans une législation qui, comme la nôtre, admet contre le commettant une présomption de faute irréfragable ; la responsabilité du groupe est engagée, de toute façon, sans autre condition qu'une faute de l'adminis-

destination de la personne morale ; le principe de la spécialité lui interdit seulement « de poursuivre d'autre *but* que celui en vue duquel elle a été constituée : il est étranger à la question des *moyens* qu'elle emploie pour atteindre ce but ». La question se pose dans les mêmes termes que pour l'article 1998 par rapport au mandat : *supra*, section I, p. 219-220.

(1) C. civ. allemand, art. 31 ; C. civ. suisse, art. 55, § 2. Sur ce point : MICHOUX, *op. cit.*, II, n° 271, p. 240, texte et note 1 ; Cpr. SALEILLES, *Essai sur la théorie générale de l'obligation...*, n° 321.

(2) Civ. cass., 15 janv. 1872, S. 1872.1.9 et, sur renvoi, Grenoble, 4 févr. 1874, S. 1874.2.168 ; Dijon, 24 juill. 1874, S. 1875.2.73 ; Civ. cass., 28 nov. 1876, D. P. 1877.1.66 ; Civ. rej., 13 mai 1890, D. P. 1890.1.474 ; Civ. cass., 22 juin 1892, D. P. 1892.1.449 ; Req., 30 juill. 1895, D. P. 1896.1.132 (fondé sur l'article 1384 § 5) ; Civ. rej., 21 déc. 1898, D. P. 1900.1.69 ; Req., 7 août 1906, S. 1907.1.88. Cpr. Civ. cass., 14 nov. 1888, D. P. 1889.1.469 ; Req., 9 mai 1905, D. P. 1908.1.476.

(3) Aix, 28 nov. 1901, *Journal Jurisprudence commerciale et maritime*,

trateur (1). Mais, nul ne devant échapper aux conséquences de ses fautes, la responsabilité personnelle de l'agent n'est pas effacée par là (2).

1902.412 ; Lyon, 30 juill. 1904, *Journ. Sociétés*, 1905.372, note Lecouturier. Voy. toutefois : Req., 5 nov. 1900, D. P. 1902.1.5, note Thaller.

Sur cette question, pour la solution de laquelle on peut, d'ailleurs, tirer argument de l'article 22 C. comm., voy. : THALLER et PIC, I, n° 461 ; PÉREZ CEROU, *Des abus de la raison sociale*, *Annales de droit commercial*, 1898, p. 118 s. ; THALLER, note D. P. 1902.1.5. Cpr. Lyon-Caen, note S. 1900.1.5.

(1) MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, II, n° 275. La seule différence parfois signalée proviendrait de ce que l'acte de fonction de l'organe engage seul la personne morale, tandis que le commettant répond des fautes du préposé commises, même à l'occasion des fonctions : la responsabilité serait donc plus restreinte dans une théorie que dans l'autre (MICHOD, II, n° 276). Mais cette différence, elle-même, disparaît pour ceux qui n'admettent pas l'extension donnée par la jurisprudence à la notion d'exercice des fonctions (*infra*, Deuxième partie, chapitre II).

(2) DEMOGUE, III, n° 345 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 503 et les références données ; SALEILLES, *Personnalité juridique*, p. 340 s., p. 664 s. ; MICHOD, II, n° 276.

Contra : RIPERT, *Règle morale*, n° 127, qui repousse cette responsabilité en se fondant sur une idée de représentation dans l'action.

CHAPITRE II

LES RAPPORTS DE COMMETTANT A PRÉPOSÉ ET LES ACTES DE COMPLAISANCE

Lorsqu'une personne rend gracieusement un service, soit à un parent, soit à un ami, dans un simple but de complaisance ou de courtoisie, la question se pose de savoir si elle acquiert la qualité de préposé (1). Cette difficulté est relativement neuve et les premières décisions qui l'aient résolue par l'application de l'article 1384 § 5 remontent à peine à une vingtaine d'années ; encore les plus nombreuses sont-elles toutes récentes. Il est même remarquable de constater que c'est au moment où une partie de la doctrine cherchait dans la situation sociale le critère des rapports de commettant à préposé, et croyait discerner dans quelques arrêts cette orientation nouvelle, que se formait au contraire, sur ce point, tant en France qu'en Belgique, une jurisprudence toute différente. Ce n'est pas à dire que celle-ci ait rompu avec les précédents ; aussi extensive qu'elle paraisse au premier abord, elle n'est pas en désaccord avec les lignes générales suivies depuis toujours. La question seule est nouvelle : elle est née, en effet, à propos des accidents d'automobile et les solutions données par les Tribunaux se ramènent à celle-ci qui est plus qu'un exemple : on est le préposé de l'ami ou du parent dont on conduit la voiture (2). Sans doute, le service gracieux, qui est

(1) Voy. sur cette question : DEMOGUE, V, n° 890 ; note *Rev. trim.*, 1913, p. 618.

(2) Paris, 30 janv. 1913, D. P. 1914.2.31, *Rev. trim.*, 1913.618 et, sur

de tous les instants, existe-t-il sous d'autres formes, mais il s'agit presque toujours d'une activité de durée très limitée et peu dangereuse, double raison pour qu'elle ne cause pas de dommages aux tiers. La fréquence, au contraire, des procès soulevés par les accidents d'automobile, en même temps qu'elle permettait une élaboration plus précise de la théorie de la responsabilité du fait des choses inanimées, devait avoir cette conséquence secondaire d'éclairer, sous un aspect nouveau, la responsabilité du fait d'autrui (1). Aussi serait-il vain

pourvoi, Crim. rej., 11 juill. 1913, D. P. 1918.1.62 (1^{re} espèce), S. 1920.1.43 ; Paris, 5 avr. 1928, *Gaz. Trib.*, 1928.2.582, *Rev. trim.*, 1928.900 et, sur pourvoi, Crim. rej., 14 déc. 1928, D. H. 1929.37 ; Aix, 15 mars 1929, *Gaz. Pal.*, 1929.1.769, et, sur pourvoi, Req., 15 juill. 1930, D. H. 1930.458, S. 1931.1.225, note A. A., *Rev. gén. ass. terr.*, 1930.1111, note M. P. ; Tr. civ. Seine, 19 avr. 1929, *Gaz. Trib.*, 1929, 2^e sem., 2.166 ; et, sur appel, Paris, 14 mars 1930, D. P. 1930.2.115, note Besson ; Colmar, 13 févr. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.1.621, *Rev. gén. ass. terr.*, 1930.571 ; Req., 1^{er} mai 1930, D. P. 1930.1.137 (1^{re} espèce), note Savatier (2, p. 139, col. 2), *Gaz. Pal.*, 1930.2.5 ; Tr. corr. Saint-Quentin, 9 mai 1930, *Rev. gén. ass. terr.*, 1930.1113 ; Paris, 18 juill. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.2.674, *Rev. gén. ass. terr.*, 1931.72, *Rev. trim.*, 1931.119 ; Crim. rej., 6 mars 1931, *Gaz. Pal.*, 1931.1.537, *Rev. gén. ass. terr.*, 1931.581, *Rev. trim.*, 1931.395 (concubine) ; Poitiers, 18 mars 1931, S. 1931.2.109 ; Req., 17 avr. 1931, S. 1931.1.252 (p. 253, col. 2) ; Paris, 25 juill. 1931 (motifs), D. H. 1931.528, *Gaz. Pal.*, 1931.2.653, sous note b), *Rev. gén. ass. terr.*, 1931.1027 ; Dijon, 8 déc. 1931, *Gaz. Pal.*, 1932.1.394, *Rev. gén. ass. terr.*, 1932.320 ; Paris, 23 mars 1932, D. H. 1932.305 ; Req., 18 avr. 1932, motifs (sur pourvoi de Paris, 14 mars 1930, précité), D. H. 1932.282, *Rev. gén. ass. terr.*, 1932.525 ; Tr. civ. Seine, 17 nov. 1932, D. H. 1933.12.

Cpr. Crim. rej., 24 oct. 1913, D. P. 1918.1.62 (2^e espèce) ; Req., 4 mars 1929, S. 1929.1.207 (réciprocité de services rendus).

Adde : Req., 16 déc. 1929, D. P. 1931.1.49 où le mari est nécessairement préposé de sa femme (*supra*, II, chapitre II, section II, p. 208, mais voy., pour une autre interprétation, la note de M. Savatier sous cet arrêt).

Jurisprudence belge : Liège, 25 avr. 1928, *Jur. Liège*, 1928, p. 298 ; Tr. civ. Liège, 9 déc. 1928, *Pasicr.*, 1929.3.146, *Rev. gén. des assurances et des responsabilités*, 1929.404, note O. M., *Rev. trim.*, 1930.544. Voy. la note de MM. GRAULICH et LALOUX, *Rev. trim. loc. cit.*

(1) Il va sans dire que nous n'étudions ici que ce second point : ce qui concerne la responsabilité du fait des choses dépasse le cadre de notre travail. Tout au plus, faut-il signaler que l'application de l'article 1384 § 1 et de la notion de garde dispense, en certains cas, d'invoquer l'article 1384 § 5. Si

de parler ici d'évolution, de penser que, partant d'une conception restrictive des rapports de commettant à préposé, on en a continuellement étendu le domaine. S'il est vrai que le souci d'indemnisation de la victime est de plus en plus vif, les circonstances extérieures évoluent plus que les principes. Le changement ne consiste que dans une adaptation de ceux-ci à celles-là, et ce n'est, le plus souvent, qu'une application nouvelle des mêmes idées qui, par son résultat imprévu, fait croire qu'elles se sont modifiées.

*
* * *

Un arrêt de la Cour de Paris du 14 mars 1930 synthétise, dans un motif particulièrement net, les solutions actuellement admises en jurisprudence. « La responsabilité civile du commettant... procède surtout d'un rapport de subordination consistant dans le droit du commettant de faire acte d'autorité en donnant lui-même au préposé des ordres ou des instructions *sur la manière de remplir, à titre temporaire ou permanent, avec ou sans rémunération, même en l'absence de tout louage de services, l'emploi qui lui est confié pour un temps et un objet déterminés, quelle que soit d'ailleurs la condition sociale des parties* » (1). Ainsi est évoqué l'ensemble des objections

L'on admet, en effet, que le propriétaire d'une voiture conduite par un tiers conserve la qualité de gardien, sa responsabilité est engagée sans qu'il soit besoin de lui reconnaître celle de commettant : une règle peut ainsi être substituée à une autre pour parvenir au même résultat. Mais la responsabilité du bénéficiaire d'un acte de complaisance ne nous intéresse qu'autant qu'elle est fondée sur l'existence d'un lien de préposition. Elle n'est d'ailleurs certaine que si on la fait reposer sur cette base, car les principes de la responsabilité du fait d'autrui ont acquis aujourd'hui, en jurisprudence, une netteté à laquelle la théorie de la responsabilité du fait des choses n'est pas parvenue : l'attribution de la qualité de gardien soulève encore des difficultés ; il est des arrêts qui demeurent hésitants sur la distinction de la garde matérielle et de la garde juridique (Voy. sur ce point la note de M. SATIER, D. P. 1931.1.49).

(1) Paris, 14 mars 1930, D. P. 1930.2.115, note Besson, précité. Voy. un

qu'adressent à cette jurisprudence la quasi-unanimité des auteurs qui l'aient étudiée (1).

L'objection principale, tirée de l'égalité de situation sociale entre le prétendu commettant et son préposé, relève d'une conception d'ensemble déjà réfutée, mais dont l'insuffisance est ici particulièrement nette. Outre, en effet, que des relations de complaisance peuvent exister entre deux personnes de situation différente (2), d'où résulterait la nécessité de procéder, pour chaque espèce, à une sorte de comparaison, l'induction qui, de l'égalité de rang, conclut à l'inutilité d'une responsabilité supplémentaire risque d'être le plus souvent démentie dans les faits. Devant l'importance des indemnités couramment allouées aux victimes d'accidents d'automobile, la solidarité entre commettant et préposé est déjà une garantie précieuse. De plus, on sait que la plupart des propriétaires d'automobile contractent une assurance couvrant leur responsabilité civile ; considérer le propriétaire, dont la responsabilité personnelle est, en principe, seule assurée, comme le commettant du conducteur est donc l'un des moyens qui permettent de mettre en cause la compagnie d'assurances (3). De ce point de vue, la solution jurisprudentielle présente, pour

motif très voisin dans les arrêts postérieurs de la Cour de Paris, 18 juill. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.2.674, 25 juill. 1931, D. H. 1931.528, précités.

(1) DALLANT, p. 102 s. et note D. P. 1931.1.175, col. 1 ; BAGAT, p. 103 s.; BESSON, *La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses*, thèse Dijon, 1927, p. 98-99 et note D. P. 1928.2.13 ; note signée A. A., S. 1931.1.225.

Adde, au moins implicitement, l'ensemble des partisans d'un critère social, en particulier SAVATIER, note D. P. 1923.1.5 ; cpr. cependant, note D. P. 1930.1.139, col. 2 (2).

(2) Tel semble le cas de Crim. rej., 24 oct. 1913, D. P. 1918.1.62 (2^e espèce) (conduite de la voiture d'un médecin en échange de soins médicaux gratuits), où la réciprocité des services rendus éloigne cependant des véritables rapports de complaisance et de Paris, 5 avr. 1928, *Gaz. Trib.*, 1928.2.582, *Rev. trim.*, 1928.900, et, sur pourvoi, Crim. rej., 14 déc. 1928, D. H. 1929.37 (voiture conduite par le beau-frère, ouvrier mécanicien).

(3) Sur la jurisprudence relative aux rapports de complaisance envisagée sous cet angle, et sur les autres moyens qui permettent de faire jouer la garantie de l'assurance, voy. : BESSON, *Effets du contrat d'assurance vis-à-*

la victime, un intérêt plus certain encore. Il est enfin contradictoire qu'elle soit critiquée par les auteurs pour qui l'article 1384 § 5 se justifie par l'idée de risque : il n'est pas de service qui procure à son bénéficiaire un profit plus sûr que le service gratuit (1).

On ne saurait davantage soutenir logiquement qu'un tel service n'est pas susceptible d'engendrer de rapports de commettant à préposé parce qu'il est occasionnel et gracieux. La qualité de préposé découle, soit de l'obligation d'obéir, soit de l'obéissance de fait aux ordres d'autrui. L'absence de rémunération ne s'oppose pas à l'existence de cet état de subordination. La considérer comme exclusive du lien de préposition serait donc ajouter artificiellement à la loi. On applique d'ailleurs régulièrement l'article 1384 § 5 dans des cas où l'on peut hésiter à affirmer que cette rémunération existe : dans le travail à la moyenne, comme aussi lorsque l'employé n'a d'autres ressources que les pourboires qu'il touche, et dont il est parfois tenu de remettre une part à son employeur, le salaire est entièrement aléatoire, et le moins qu'on puisse dire, c'est que, si le travail est rémunéré, *il ne l'est pas par le commettant* (2). Quant à l'exigence d'une mission permanente, elle a déjà été écartée d'une façon générale (3). En réalité, la double objection, tirée du caractère gratuit et occasionnel du service, repose sur une confusion : l'absence de contrat pourrait seule être invoquée, avec quelque apparence de raison, comme un obstacle à la responsabilité.

Ce défaut de lien contractuel paraît certain. Il y a bien, à la source de l'opération, un accord de volontés ; la situation est ainsi très différente de celle qui, résultant d'un service

vis des personnes à qui le propriétaire confie son automobile, Chronique D. H. 1930, p. 33 s.

(1) Cpr. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 642, p. 869, note 1 *in fine*, qui ne voient d'autre fondement à cette responsabilité que le profit.

(2) Sur la possibilité d'admettre l'existence des rapports de commettant à préposé, quel que soit le mode de rémunération, voy. *supra*, II, chapitre I, section I, § 2, p. 145 s. *Adde* : DEMOGUE, V, n° 901.

(3) *Supra*, II, chapitre I, section I, § 1 *in fine*, p. 125-126.

rendu spontanément à l'insu de son bénéficiaire, entrerait dans le cadre de la gestion d'affaires. Mais tout accord de volontés n'est pas productif d'obligations : pour que celles-ci naissent, il est nécessaire que la volonté tende vers un but juridique (1). Tel n'est pas le cas ici : celui qui se met occasionnellement et à titre bénévole à la disposition d'autrui n'a pas l'intention de s'engager juridiquement (2).

Mais on ne serait conduit, par là, à condamner, sur la base du critère de l'autorité, les décisions récentes de la jurisprudence que si l'on estimait, d'une part, que l'obligation juridique d'obéissance est nécessaire à l'existence du lien de préposition et que si l'on établissait, d'autre part, qu'en raison de l'absence de contrat, cette obligation ne se rencontre pas en l'espèce (3).

Le premier point a déjà été examiné ; nous avons admis que la soumission effective aux directives d'autrui fonde la qualité de préposé (4). Or, elle existe certainement dans ces hypothèses : des ordres sont, en fait, donnés et obéis. Plutôt que de laisser un ami conduire librement une voiture dont il ignore les caractéristiques et les dangers particuliers, le propriétaire préférerait ne pas avoir recours à lui. Quant au conducteur, il suit au moins les instructions qu'il reçoit, soit par prudence, soit par simple courtoisie, et par l'effet de son acte de complaisance qui serait sans objet s'il ne se conformait en tout aux désirs de celui à qui il cherche à être agréable. Ces constatations, dont l'exactitude n'est d'ailleurs pas niée, même par

(1) J. CHABAS, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, thèse Paris, 1931, p. 34 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 99.

(2) CHABAS, *op. cit.*, p. 35-36 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *loc. cit.* ; E. H. PERREAU, *Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires*, *Rev. trim.*, 1914, p. 489.

(3) L'objection ne paraît pas avoir été nettement exprimée ; les adversaires actuels de la jurisprudence ne la combattent que comme contraire au critère social. Voy. toutefois DALLANT, p. 198, et, surtout, note A. A., S. 1931.1.225.

(4) *Supra*, II, chapitre II, p. 197 s.

les adversaires de la jurisprudence (1), s'imposent à l'interprète : l'idée d'équivalence du fait et du droit justifie donc, très directement, l'application de l'article 1384 aux relations de complaisance.

Il semblerait, dès lors, inutile d'examiner la seconde branche de l'objection. La subordination de fait suffisant à donner la qualité de préposé, rien n'oblige à rechercher si elle se double d'une subordination de droit. Cependant, la question sera tranchée avec plus de certitude si l'on parvient à démontrer l'existence de celle-ci. Or, l'analyse suivante conduit, pensons-nous, à cette démonstration. Bien que la prestation du service ne soit pas obligatoire, les conditions dans lesquelles il sera prêté peuvent être impérativement fixées par son bénéficiaire. En d'autres termes, deux attitudes seulement sont possibles : ou ne pas rendre le service, ou, si on le rend, se soumettre à l'autorité de celui pour qui on agit. On ne saurait, s'en tenant à un moyen terme, poursuivre le résultat envisagé en prétendant garder, quant aux méthodes, sa liberté d'exécution. Cette liberté disparaît dès qu'on n'agit plus dans un intérêt personnel. C'est le propriétaire de la voiture conduite par un parent ou un ami qui détermine, non seulement le but du voyage, mais l'itinéraire et la vitesse de marche et, de façon générale, en règle l'usage à son gré ; le droit de donner des ordres doit lui être reconnu (2). Le conducteur, qui pourrait refuser d'accomplir le trajet, même après l'avoir promis, parce qu'il n'a pas entendu s'engager juridiquement sur ce point, est, au contraire, responsable envers le propriétaire s'il méconnaît les instructions qu'il reçoit de lui au départ ou en cours de route : il est dans l'obligation de les suivre, dès lors que, même par un acte libre et volontaire, il s'est mis à sa disposition. Cette distinction, d'une certaine subtilité sans doute, mais d'une subtilité nécessaire à l'exactitude de l'analyse, entre l'objet même du service, dont l'accomplissement n'est pas

(1) BESSON, note D. P. 1928.2.16, col. 1 ; *Effets du contrat d'assurance...*, Chronique D. H. 1930, p. 34.

(2) M. BESSON (*op. et loc. cit.*) reconnaît formellement l'existence de ce droit.

obligatoire, et les instructions relatives à son mode d'accomplissement, qui présentent au contraire ce caractère obligatoire, ne possède certes pour nous que la valeur d'un argument subsidiaire. Mais elle doit faire admettre ici l'existence du lien de préposition par ceux qui, n'estimant pas que le fait puisse suppléer le droit, ne lui reconnaîtraient d'autre source qu'un devoir juridique d'obéissance (1). Il n'était donc pas sans intérêt, même du point de vue doctrinal, de la mettre en lumière. De plus, elle présente, pour la justification de la jurisprudence, une particulière importance tenant à ce que les arrêts, pour qualifier commettant le bénéficiaire du service, ne s'appuient pas directement sur l'autorité qu'il exerce en fait mais lui reconnaissent un véritable droit de direction (2).

Si la mise en jeu de l'article 1384 § 5 apparaît ainsi très justifiée au regard des principes généraux, elle présente, dans l'application, certaines incertitudes, étrangères aux hypothèses plus classiques de responsabilité du fait des préposés. La directive suivante doit en donner la clef : ce n'est pas le fait de confier la voiture qui donne la qualité de commettant, mais *le fait d'en confier la conduite, sous son autorité et dans un but déterminé*. Le conducteur ne serait donc pas préposé, d'une part s'il usait librement de la voiture, ce qui exclut le cas de prêt même momentané, d'autre part s'il ne remplissait aucune mission pour le compte du propriétaire. Cette seconde restriction est, dans les faits, d'une mise en œuvre particulièrement délicate. Le propriétaire a-t-il *chargé* son ami de conduire la voiture ? Lui a-t-il simplement *permis* de le faire, pour lui être agréable, de telle sorte que c'est de lui qu'émane, en réalité, l'acte de courtoisie ? Ce n'est pas le degré d'indépendance ou de subordination du conducteur qui permet de résoudre cette question ; dans l'un et l'autre cas, en effet, il n'aura été autorisé à prendre le volant qu'à condition

(1) *Contra* : note A. A. précitée, S. 1931.1.225.

(2) Voy. les arrêts cités *supra*, p. 242, note 2.

de se conformer, au point de vue technique, à certaines instructions. On doit rechercher si « le propriétaire a fait effectuer une course à son ami en lui confiant à cet effet la conduite de sa voiture » (1), l'utilisation de celle-ci n'étant pas envisagée à titre principal, mais comme un moyen d'obtenir un résultat donné. S'il en est ainsi, l'article 1384 § 5 doit s'appliquer. Si, au contraire, ce résultat n'est pas fixé, si la conduite, au lieu d'être un moyen, semble être, en elle-même, une fin, on ne peut dire qu'il existe des rapports de commettant à préposé. Le premier élément de ces rapports fait alors défaut : une fonction remplie pour autrui, la fixation par le prétendu commettant du but que doit atteindre le prétendu préposé (2). Le critère est donc dans une distinction entre l'autorisation de conduire la voiture et la remise de celle-ci pour un usage déterminé (3).

Certains arrêts, n'ayant pas aperçu cette distinction essentielle, ont été conduits à des solutions injustifiables ; ils semblent, en effet, considérer comme préposé tout conducteur de la voiture d'autrui (4). Parmi la jurisprudence nombreuse

(1) Crim. rej., 14 déc. 1928, D. H. 1929.37.

(2) Sur la fixation, par le commettant, du but assigné à l'activité du préposé, voy. *supra*, II, chapitre I, section I, § 1, p. 118 s.

(3) Voy. la distinction assez clairement formulée par les arrêts suivants :

Paris, 5 avr. 1928, *Gaz. Trib.*, 1928.2.582, et, sur pourvoi, Crim. rej., 14 déc. 1928, D. H. 1929.37 ; Colmar, 13 févr. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.1.621, *Rev. gén. ass. terr.*, 1930.571 ; et surtout Paris, 25 juill. 1931, D. H. 1931.528, *Gaz. Pal.*, 1931.2.653, sous note *b* (une voiture étant remise au neveu du propriétaire pour ses besoins exclusifs, il n'existe pas de lien de préposition). *Adde* : Dijon, 8 déc. 1931, *Gaz. Pal.*, 1932.1.394, *Rev. gén. ass. terr.*, 1932.320.

Cpr. sur cette distinction : DEMOGUE, notes *Rev. trim.*, 1913.618, 1928.900 ; M. PICARD, note *Rev. gén. ass. terr.*, 1930.356, sous Colmar, 9 janv. 1930 ; note O. M., *Rev. gén. des assurances et des responsabilités*, 1930.404.

(4) Voy. en particulier Poitiers, 18 mars 1931, S. 1931.2.109, qui affirme à la fois que la voiture a été confiée au conducteur pour ses besoins, ses convenances personnelles, « et qu'une fonction lui a été confiée pour l'exécution d'une mission bien nette et bien déterminée » ; on ne saurait se contredire davantage.

La plupart des décisions relèvent les circonstances de fait d'une façon in-

intervenue sur la question des rapports de complaisance, ils méritent seuls d'être critiqués.

suffisante pour qu'on puisse apprécier exactement le rôle du conducteur. Voy. toutefois la netteté plus grande des arrêts cités à la note précédente.

IV

LA PREUVE DES RAPPORTS DE COMMETTANT A PRÉPOSÉ ET LE POUVOIR DE CONTROLE DE LA COUR DE CASSATION SUR LA RÉUNION DE LEURS ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS

C'est un phénomène bien connu que celui de la réaction possible des questions de preuve sur le fond du droit. Aussi ne suffit-il pas de déterminer les éléments constitutifs d'un rapport juridique, mais est-il nécessaire de rechercher dans quelles conditions l'existence en peut être démontrée. S'il est vrai, en effet, que la preuve judiciaire n'aboutit qu'à des probabilités, l'article 1384 § 5 s'appliquera parfois dans des cas où le lien d'autorité et de subordination n'est que vraisemblable ; mais c'est la limite extrême à laquelle on puisse aller sur ce terrain.

Or, il est des circonstances où certains signes extérieurs ont fait croire aux tiers que l'auteur de la faute était préposé et où l'on acquiert ensuite la certitude qu'il ne possédait pas réellement cette qualité. Les principes de la preuve ne laissent place alors à aucune hésitation : ce qui était vraisemblable, étant démontré faux, s'efface devant le réel, ce qui paraissait être devant ce qui est. Mais on peut concevoir que cette solution soit écartée par l'intervention d'un principe étranger, que la situation apparente soit juridiquement consacrée malgré son inexactitude établie. C'est pourquoi il convient de rap-

procher de l'étude de la preuve celle des rapports apparents de commettant à préposé.

Si, d'autre part, la preuve est susceptible de réagir sur le fond, la rectitude d'application des principes dépend, plus encore, de l'étendue du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation. La distinction qui aura été dégagée entre les éléments constitutifs du lien de préposition et les éléments simplement probatoires permettra de préciser, en connaissance de cause, la portée de ce pouvoir de contrôle. On sait, en effet, que le domaine de la preuve et celui du pourvoi sont traditionnellement opposés : les limites de l'un seront plus facilement fixées lorsque seront connues les limites de l'autre.

Preuve, Apparence, Pouvoir de contrôle de la Cour de cassation : ces trois questions ont ce caractère commun de montrer comment se posent, en pratique, devant les Tribunaux, les litiges relatifs aux rapports de commettant à préposé et comment risquent d'être éventuellement modifiés, sous des influences diverses, les principes posés jusqu'ici.

CHAPITRE PREMIER

LA PREUVE DES RAPPORTS DE COMMETTANT A PRÉPOSÉ

La victime du délit commis par un préposé doit faire, à l'encontre du commettant dont elle met en cause la responsabilité civile, une double preuve : elle doit établir d'abord l'existence d'un lien de préposition entre le civilement responsable et l'auteur du dommage ; elle doit démontrer, ensuite, que celui-ci a commis une faute ou, au moins, qu'une présomption de faute pèse sur lui. Le second point, qui ne comporte pas de difficulté propre à notre sujet, ne sera pas étudié ici. Mais la preuve des rapports de commettant à préposé soulève, à elle seule, trois questions : la charge de la preuve, la détermination du fait à prouver, les procédés de preuve.

Conformément au droit commun, et suivant le principe *Actori incumbit probatio*, la charge de la preuve incombe au demandeur. La victime doit donc prouver que le préjudice subi par elle lui a été causé par un individu possédant, vis-à-vis du défendeur, la qualité de préposé (1).

Quant aux moyens de preuve, ils sont tous admissibles, même dans le cas où il s'agit de prouver les conventions intervenues entre le commettant et le préposé ; la victime est, en effet, un tiers par rapport à ces conventions (2). La question de principe, ici encore, n'est donc pas susceptible de con-

(1) Voy. toutefois, comme manquant de netteté, Aix, 21 janv. 1888. *Gaz. Pal.*, 1888.2.75.

(2) DEMOGUE, V, n° 915.

troverse. Si l'on se demande, au contraire, quels sont, en fait, les procédés employés, étant acquis que tous sont légitimes, la réponse dépend de l'objet de la preuve à fournir ; aussi la description concrète des procédés de preuve ne peut-elle qu'accompagner la détermination de cet objet.

L'intérêt du problème se concentre donc entièrement sur la détermination exacte du fait à prouver.

* * *

L'existence des rapports de commettant à préposé doit, en principe, être directement démontrée. Or, ils supposent un lien d'autorité et de subordination. C'est donc cette autorité et cette subordination qu'il faut prouver, et elles seules semblent-il.

Mais cette preuve directe est très difficile à faire. Aussi la question se pose-t-elle de savoir si les Tribunaux peuvent légitimement se contenter, en certains cas, de probabilités, pour qualifier préposé celui dont l'activité est *vraisemblablement* soumise à la direction d'autrui. Cette question particulière se rattache à un problème général, celui du *déplacement de la preuve*, qu'il devient donc nécessaire d'étudier rapidement.

Dans tout procès, il est un fait, et un seul fait, qui rend certain le droit de l'une des parties. Seul, il devrait être logiquement objet de preuve. Mais, devant la difficulté, et parfois l'impossibilité, d'établir ainsi le fait litigieux lui-même, on admet, suivant les idées particulièrement mises en lumière par M. Martin et par M. Picard (1), qu'à la preuve de ce fait soit substituée celle d'un ou de plusieurs faits connexes, même sans rapports juridiques avec lui. « Déplacer la preuve, c'est

(1) BARTIN SUR AUBRY et RAU, XII, § 749, note 10 bis ; M. PICARD, *De la preuve par commune renommée*, thèse Paris, 1911, p. 115 s. M. Picard présente lui-même ses idées sur ce point comme inspirées par un cours antérieur de M. Martin (p. 115 en note).

Adde : PLANIOL, RIPERT et GABOLDE, VII, n° 1423,

donc la transporter du fait litigieux, impossible à établir, sur un fait voisin » (1). Lorsque le second fait est établi, il rend vraisemblable l'existence du premier : il est alors le point de départ d'un raisonnement pour le juge, qui, de l'existence de l'un, induit la probabilité de l'existence de l'autre et, sur la foi de cette probabilité, statue comme s'il avait la certitude de son existence réelle (2).

Sans doute, ce déplacement de la preuve remplace-t-il une certitude par une simple vraisemblance. Pour en faire admettre néanmoins la légitimité, les auteurs tentent, le plus souvent, de démontrer qu'on ne peut demander à la preuve judiciaire plus que cette vraisemblance. En effet, disent-ils, le principe fondamental de la neutralité du juge oblige celui-ci à ne tenir compte que des moyens de preuve qui lui sont proposés par les parties (3). Or, pour aboutir à la certitude, il faudrait qu'il fût, au contraire, souverain dans sa recherche, qu'il pût réunir lui-même les éléments de sa conviction. Le principe de neutralité, qui l'en empêche, a nécessairement pour conséquence que, non seulement il ne peut pas, mais aussi *qu'il ne doit pas* arriver à la certitude (4) : ne pouvant y parvenir, mais ne pouvant, d'autre part, refuser de statuer sur les litiges qui lui sont soumis, il est nécessairement amené à ne fonder sa décision que sur des probabilités (5).

Ces arguments soulèvent une objection essentielle : si le juge n'a pas la certitude du bien-fondé d'une demande, il lui est loisible de la rejeter. En un certain sens, il serait peut-être encore vrai de dire qu'il statue alors sur une simple probabilité, car il n'est pas sûr que le demandeur soit sans droit et,

(1) PICARD, *op. cit.*, p. 121.

(2) L'exemple le plus caractéristique est celui de la preuve de la propriété immobilière, où l'on ne prouve pas tant le droit que sa manifestation : la possession : PLANIOL, RIPERT et PICARD, III, n° 363.

(3) PICARD, *De la preuve par commune renommée*, thèse Paris, 1911, p. 120, Voy. sur ce principe : G. ANDRÉ, *Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles*, thèse Paris, 1910.

(4) PICARD, *op. cit.*, p. 120-121.

(5) PICARD, *loc. cit.* Cpr. BARTIN, sur AUBRY et RAU, XII, § 749, note 2 bis.

par suite, que la résistance du défendeur soit justifiée. Mais ce serait jouer sur les mots : aucune certitude du droit du défendeur ne peut être exigée, puisque la charge de la preuve ne pèse pas sur lui. D'une semblable décision, une seule analyse serait, en réalité, possible : il n'est pas certain que la demande soit justifiée ; dès lors elle échoue. Le doute, et c'est la simple application du principe *actori incumbit probatio*, profite au défendeur. On concevrait fort bien que la seule certitude de son droit pût ainsi faire triompher le demandeur, qu'il ne fût point admis à faire porter son effort probatoire sur d'autres points que le fait litigieux lui-même. Contrairement à ce qu'enseigne la doctrine précédente, le principe de la neutralité du juge ne s'y opposerait pas, mais conduirait seulement à exiger que la certitude fût acquise *par les moyens de preuve proposés par les parties* : il restreint le nombre des voies menant à cette certitude, mais il n'empêche pas, en principe, de l'atteindre.

Ce serait là, pensons-nous, la conception la plus logique. Du point de vue théorique, il n'est pas admissible que la preuve judiciaire s'entende simplement de probabilités, et le déplacement devrait être condamné. S'il se justifie, c'est donc par d'autres considérations ; il repose sur des nécessités pratiques et sur une loi d'équité. On ne peut refuser d'accueillir une demande dont tout indique raisonnablement, et à considérer la logique habituelle des choses, qu'elle est justifiée ; sinon, toute preuve deviendrait la *probatio diabolica*, dont on a parlé en une matière particulière (1). La justification de ce procédé est alors en marge de la stricte logique.

Mais, quelque appréciation rationnelle qu'on en puisse faire, et de quelque façon qu'on le défende, il est indéniable qu'il fait partie du droit positif. Ce n'est pas une conception purement doctrinale, mais une systématisation fort heureuse de certaines solutions, les unes simplement jurisprudentielles, mais les autres légales. Les présomptions de fait ou présomp-

(1) Preuve de la propriété immobilière. Voy. *supra*, p. 257 note 2.

tions de l'homme, moyen de preuve prévu par l'article 1349 du Code Civil sont « des conséquences que le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu » (1). Elles constituent donc une application particulière, et en même temps une consécration légale du déplacement. La discussion de la légitimité de ce déplacement ne saurait donc consister, au maximum, qu'à se demander s'il doit être restreint aux cas où la loi le reconnaît, c'est-à-dire aux cas où la preuve par présomption est possible, ou s'il est, au contraire, de portée plus générale. Or, nous sommes ici dans une matière où la preuve par présomptions est précisément admissible.

Par suite, la théorie du déplacement peut et doit être prise comme base de l'étude d'une question particulière de preuve. *Pour prouver les rapports de commettant à préposé, il faut, normalement, démontrer l'existence d'un lien d'autorité et de subordination. Mais il peut suffire, par déplacement, d'établir qu'un élément, ou un ensemble d'éléments, qui resteront à déterminer, rendent vraisemblable l'existence de ce lien d'autorité et de subordination.*

Ces deux questions de la preuve directe et de la preuve déplacée des rapports de commettant à préposé seront étudiées successivement.

* * *

Le lien d'autorité et de subordination constitutif des rapports de commettant à préposé s'entend indifféremment d'un lien de droit ou d'un lien de fait. Il suffit donc, pour établir directement la preuve de ces rapports, de démontrer, soit que le préposé est tenu de respecter les ordres du commettant, soit qu'il s'y conformé en fait.

L'existence d'un droit de direction et d'une obligation corré-

(1) Sur l'analyse logique de la présomption de l'homme. Voy. AUBRY et RAU, XII, § 766, p. 385 ; BARTIN, sur AUBRY et RAU, XII, § 749, note 26 bis.

Sur les autres applications du déplacement, voy. PICARD, *De la preuve par commune renommée*, thèse Paris, 1911, p. 125 s. ; PLANIOL, RIPERT et GABOLDE, VII, n° 1423.

lative d'obéissance n'est certaine que lorsqu'elle est prévue par l'une des clauses du contrat qui unit le commettant au préposé et que ce contrat est constaté par écrit (1). On peut placer pratiquement sur le même plan le cas où le commettant avoue qu'il était en droit de diriger l'activité de l'auteur du dommage (2) ; la certitude est aussi forte et les deux hypothèses se confondent en pratique. Toutefois il en serait autrement, du point de vue de l'analyse logique, si l'on admettait, avec M. Martin, que l'aveu est déjà une application du déplacement, et qu'il ne fait que rendre vraisemblable, mais d'une vraisemblance irréfragable, l'existence du fait avoué (3) c'est-à-dire, en l'espèce, du droit de commandement qui, ainsi, ne serait pas directement établi.

Lorsqu'il n'existe pas d'acte écrit et qu'aucune convention orale n'est avouée, la preuve de l'autorité et de la subordination de droit ne peut être rapportée. Elle ne peut l'être davantage lorsqu'un tel acte existe mais ne se prononce pas sur les conditions d'accomplissement du travail ou lorsqu'il prévoit l'indépendance mais présente un caractère simulé. Dans ces hypothèses, la preuve portera sur le respect effectif des ordres reçus (4). Elle ne pourra donc se faire normalement que par témoins. Elle pourra, cependant, résulter aussi, mais sous les mêmes réserves que dans l'hypothèse précédente, de l'aveu, fait par le commettant, de l'autorité qu'il exerçait en fait.

(1) Au cas où le préposé est mis à la disposition d'un tiers (*Infra*, Seconde Partie, Chapitre I), la preuve résulte de la combinaison de deux contrats : celui qui lie le commettant d'habitude au préposé, celui qui le lie au commettant d'occasion.

(2) L'aveu du préposé ne serait pas efficace, puisque l'action n'est pas dirigée contre lui.

(3) MARTIN, sur AUBRY et RAU, XII, § 751, note 18 *bis*.

(4) Il résulte de ces principes, et de l'idée d'équivalence du fait et du droit, une différence essentielle dans le rôle de l'écrit selon qu'il prévoit la subordination ou l'indépendance. Au premier cas, il constitue une preuve suffisante de la qualité de préposé ; aucun examen des faits n'est nécessaire. Au second cas, sa valeur est très réduite ; on peut encore examiner la pratique suivie, démontrer qu'elle le contredit.

Dès que l'existence, soit de l'autorité de droit, soit de l'autorité de fait a été ainsi démontrée, c'est le fait litigieux lui-même qui est directement établi en dehors de toute interprétation. En d'autres termes, aucun déplacement de la preuve ne s'est produit ; conformément aux exigences de la logique la plus stricte, elle n'a porté que sur le droit ou le fait même générateur des rapports de commettant à préposé.

Il n'en irait autrement que pour ceux qui n'admettraient pas la notion de l'autorité que nous avons dégagée et qui n'entendraient par là que le droit de donner des ordres. On notera cependant avec intérêt que, partant d'une notion de fond différente, ils parviendraient, en bien des cas, aux mêmes solutions pratiques. La preuve d'une obéissance de fait de la part de l'auteur de la faute constituerait, en effet, pour eux, une preuve déplacée.

Dans cette thèse, les rapports de commettant à préposé dérivant exclusivement du lien de droit, celui-ci représenterait seul le fait litigieux. Mais, ne pouvant l'établir, on démontrerait que le prétendu préposé suivait effectivement les instructions qui lui étaient données. Et, comme il faut de ce fait une explication, on admettrait que la plus vraisemblable est qu'il avait contracté l'obligation de les suivre (1). Cette vraisemblance constituerait une preuve judiciaire suffisante ; la preuve du droit de direction du commettant serait ainsi déplacée sur la manifestation de ce droit, sur son exercice, comme en matière de propriété immobilière où l'on prouve couramment, non le droit de propriété lui-même, mais la possession par quoi il se manifeste (2).

Mais l'identité de résultats ne serait pas absolue entre la théorie adoptée par nous, qui considère l'état de fait comme une condition suffisante de l'existence des rapports de commettant à préposé, et celle qui n'y verrait, ainsi, qu'un moyen de prouver l'existence d'un lien de droit. Nous avons déjà

(1) Cpr. l'analyse de M. BARTIN pour l'aveu : sur AUBRY et RAU, *loc. cit.*, XII, § 751, note 18 *bis*.

(2) PLANIOL, RIPERT et PICARD, III, n° 363.

noté, en rencontrant cette induction du fait au droit (1), qu'elle n'était pas concevable au cas de contrat nul ou de subordination illicite. Une autre différence doit être signalée ici. Si l'on était en présence d'une simple preuve déplacée, les juges du fond apprécieraient souverainement la question de pertinence (2) ; ils pourraient décider que l'exercice d'une autorité defait n'est pas une preuve suffisante de l'existence d'un droit véritable de direction. Dans notre théorie, au contraire, cette autorité de fait étant un élément constitutif du lien de préposition, le contrôle de la Cour de cassation doit s'exercer ; les juges du fond encourraient la censure s'ils constataient que l'auteur du dommage était soumis aux directives d'autrui et s'ils refusaient, en même temps, de le qualifier préposé (3).

En considérant l'état de fait comme étant, par lui-même, générateur du lien de préposition, on parvient donc à des solutions qui sont, à la fois, d'une portée plus large et d'une certitude plus grande qu'en en limitant l'influence au seul domaine de la preuve. Ici encore se manifestent l'importance et la supériorité de l'idée d'équivalence du fait et du droit, que l'analyse de la notion d'autorité avait permis de dégager.

L'autorité de droit et l'autorité de fait étant ainsi placées sur le même plan, la preuve directe des rapports de commettant à préposé, à laquelle elles conduisent l'une et l'autre, pourra être fréquemment établie. Mais il n'est pas possible d'écarter, pour cela, le problème du déplacement. C'est le second objet possible de la preuve en cette matière : celle d'un élément ou d'un ensemble d'éléments qui rendent seule-

(1) *Supra*, III, chapitre II, section I, p. 194-95.

(2) *Infra*, chapitre III, p. 281.

(3) Cependant on ne rencontre pas d'arrêt s'étant placé sur ce terrain et ayant statué dans le sens indiqué au texte. Ceci résulte encore de ce que la jurisprudence ignore le rôle de l'autorité de fait. Par suite, la Cour de Cassation n'use pas, en pratique, du pouvoir de contrôle plus étendu que devrait lui assurer l'idée d'équivalence du fait et du droit. Voy. d'ailleurs *infra*, chapitre III, p. 285-86.

ment vraisemblable l'existence d'un lien d'autorité et de subordination.

* * *

En certains cas, le tiers lésé ne parvient à prouver, ni l'autorité de droit, ni l'autorité de fait. L'auteur de la faute n'est pas alors nécessairement considéré comme indépendant. Il suffit d'établir certains faits de la constatation desquels le juge conclut à l'existence probable, en sa personne, d'un état de subordination (1). Ce déplacement est conforme à toute la politique jurisprudentielle en matière de preuve ; il est, ici, spécialement légitimé par la loi puisqu'il s'intègre dans l'une de ses manifestations particulières, la preuve par présomptions qui est admissible en ce domaine.

La question de principe tranchée, restent à déterminer les éléments sur lesquels on peut, en pratique, se fonder. La difficulté est grande de les préciser. Il doit exister, entre ces faits et la subordination, un lien assez étroit pour qu'ils la fassent raisonnablement présumer : c'est la condition de pertinence que les juges du fond apprécient souverainement (2). Des indications très générales, susceptibles d'être groupées sous trois chefs, sont cependant possibles.

Les juges peuvent, en premier lieu, se fonder sur des éléments objectifs, tenant aux conditions dans lesquelles sont habituellement effectués les travaux semblables ou analogues à ceux qui font l'objet, en l'espèce, de l'activité du prétendu préposé. Ils pourront ainsi tenir compte, en une certaine mesure, de la profession qu'il exerce (3). Mais ces éléments, pour

(1) Voy., par exemple, Crim. rej., 3 avr. 1908, S. 1909.1.423 : « *Des faits ainsi constatés, la Cour d'Appel a induit, à juste titre, que P... était, lors des faits incriminés, sous l'autorité de la Société K... et B..., à laquelle il appartenait de lui donner des ordres.* »

(2) Cfr. M. PICARD, *De la preuve par commune renommée*, thèse Paris, 1911, p. 135-136.

(3) Voy., comme partiellement inspirée de cette considération, la jurisprudence qui se fonde sur la profession « connue et déterminée » de certain s

être vraiment significatifs, devront atteindre un degré suffisant de spécialisation : les habitudes professionnelles varient suivant les régions et l'on ne peut légitimement retenir qu'un usage local. Il est naturel de penser, par exemple, que si les travaux d'abatage d'arbres, en un lieu donné, sont ordinairement accomplis sous la direction du propriétaire ou de l'exploitant de la coupe, le bûcheron dont on recherche la qualité agissait dans un état de subordination. Si, au contraire, ce genre de travaux est, le plus souvent, accompli avec une certaine initiative, ce bûcheron agissait vraisemblablement comme travailleur indépendant.

Plus caractéristiques sont les éléments directement tirés des circonstances de l'espèce, qu'on peut faire entrer dans un second groupe : ceux qui tiennent aux conditions générales du contrat ou aux conditions générales d'accomplissement du travail (1).

La subordination et l'indépendance, malgré leur caractère en principe irréductible, apparaissent parfois, de ce point de vue, comme les résultantes d'un certain nombre de données plus simples. Nous avons écarté, en particulier, une théorie qui considérerait comme éléments constitutifs de l'indépendance la rémunération à forfait, la fourniture de matière première et la fourniture de main-d'œuvre : quant au fond du droit, l'ensemble de ces éléments n'est pas toujours suffisant, et aucun n'est nécessaire (2). Mais, lorsque la preuve directe n'est pas fournie, leur rôle peut devenir très important. Si un travailleur est rémunéré au temps, ne fournit pas la matière première, est tenu d'accepter les auxiliaires que lui désigne le maître de l'ouvrage, il est

travailleurs pour leur refuser la qualité de préposés (Arrêts analysés, *supra*, II, chapitre I, section II, § 1, p. 157 s.). Cfr. en particulier : Paris, 10 avr. 1891, *Gaz. Pal.*, 1891.1.473.

(1) Voy., en particulier, les conclusions de M. l'Avocat Général SOENENS, sous Gand, 9 avril 1925, *Belgique Judiciaire*, 1925, col. 531, où ce raisonnement apparaît de la façon la plus significative (voy. col. 538).

(2) *Supra*, II, chapitre I, section I, § 2, p. 147-49,

très probable qu'il agit sous l'autorité de celui-ci ; sa subordination peut être considérée comme prouvée, de même que son indépendance le serait au cas de réunion des éléments inverses (1). Le raisonnement qui conduit à cette conclusion est particulièrement facile à mettre en lumière, en ce qui concerne le caractère forfaitaire de la rémunération (2). Celui qui s'est engagé à effectuer le travail a tenu compte, pour en fixer le prix, du temps qu'il nécessiterait et, plus généralement, du coût de production, qui varie selon les procédés employés. Il doit donc choisir librement ces procédés ; il ne peut accepter qu'on lui en impose d'autres, qui modifieraient les bases sur lesquelles ont porté ses prévisions (3).

Mais, toujours parmi les inductions tirées des conditions d'accomplissement du travail, les trois éléments qui viennent d'être signalés ne sont pas les seuls. Même sur le terrain probatoire, la doctrine qui s'y attache exclusivement ne serait pas justifiée. Par exemple, le fait de travailler à des heures qu'on choisit librement peut être utilement relevé : la liberté dans le choix des méthodes va généralement de pair avec la liberté dans le choix des heures de travail (4).

Il n'est pas jusqu'à la fixation contractuelle de certains procédés à suivre qui n'exerce une influence. On sait que cette fixation contractuelle n'est pas génératrice de subordina-

(1) Pour l'application de l'article 1384, l'indépendance n'a jamais à être prouvée : il suffit que la subordination ne le soit pas pour que la responsabilité soit exclue. Mais l'indépendance peut faire l'objet de la preuve à fournir si la question qui se pose est celle de l'application des règles du contrat d'entreprise.

(2) Cpr. SOENENS, Conclusions précitées, col. 538. *Adde* : Aix, 21 janv. 1888, *Gaz. Pal.*, 1888.2.75 (motifs).

(3) Voy. en particulier, quant au rôle joué en jurisprudence par les éléments de rémunération à forfait et de choix personnel des auxiliaires, les décisions citées *supra*, II, chapitre I, section I, § 2, p. 145.

(4) Voy. parmi les arrêts qui se fondent sur cet élément : Crim. rej., 30 déc. 1875, D. P. 1876.1.415, S. 1876.1.91 ; Pau, 12 juin 1893, S. 1897.2.14 (1^{re} espèce) ; Tr. civ., Gien, 16 juill. 1895, *Gaz. Pal.*, 1895.2.578 ; Pau, 1^{er} juin 1896, S. 1897.2.308 ; Tr. civ., Châtelleraut, 12 janv. 1904, *Le Droit*, 28 février 1904.

tion (1); mais, bien plus, elle est susceptible, sur le terrain de la preuve, de constituer, au contraire, un signe d'indépendance. En effet, les conventions intervenues ne peuvent pas tout régler ; des questions nouvelles se présenteront pour certains détails, et, puisqu'on sort des limites du contrat, elles seront, en principe, résolues librement par celui qui a la charge du travail. L'existence d'un contrat assez précis quant à la détermination des modes d'exécution laisse croire à son initiative pour ce qui n'a pas été prévu. Réciproquement, l'absence de toute précision peut, à juste titre, être considérée comme le signe que le maître de l'ouvrage intervient personnellement pour le contrôler et le diriger. Par exemple, l'absence de plans et de devis fait supposer que le propriétaire joue un rôle actif dans des travaux de construction (2) ; il n'est pas vraisemblable, en effet, qu'il s'en remette de la façon la plus entière au professionnel à qui il s'est adressé. La réserve d'autorité ou l'insertion de certaines clauses dans le contrat apparaissent, en d'autres termes, comme deux moyens de parvenir au même but, de ne pas subir sans contrôle les décisions prises par le spécialiste : il est donc logique que ces deux moyens ne se cumulent pas mais que l'un d'eux soit toujours employé, que, de l'absence de l'un, on conclue à l'existence de l'autre.

Pour certaines missions qui ne consistent pas dans l'accomplissement d'un travail matériel, c'est-à-dire essentiellement pour le mandat, quelques-uns des éléments précédents sont exclus par la nature des choses. Mais d'autres interviennent, et l'on peut considérer légitimement que la spécialité et la révocabilité du mandat démontrent, par déplacement, la subordination du mandataire (3).

Sans distinction entre les différentes fonctions, le choix peut aussi retrouver, dans le déplacement de la preuve, une certaine influence : l'autorité s'exerce plus facilement sur un

(1) *Supra*, II, Chapitre I, section I, § 2, p. 142-144.

(2) Voy. Tr. civ. Verviers, 24 nov. 1886, *Pasicr.*, 1887.3.17.

(3) *Supra*, III, chapitre I, section I, p. 234.

auxiliaire qu'on a personnellement désigné, que sur celui dont la nomination émane d'une autorité étrangère (1). Mais plus significatif est le droit de révocation, dont l'influence n'est pas limitée au mandat ; ce droit se conçoit, en quelque mesure, comme une sanction de l'autorité et peut, par suite, la faire raisonnablement présumer. Sous la menace qui pèse sur lui, l'auxiliaire se conforme aux instructions qui lui sont données (2).

Enfin, la continuité des rapports entre le prétendu commettant et le prétendu préposé, bien qu'elle ne soit pas nécessaire, rend néanmoins plus normale la subordination du second au premier. Toutefois, lorsqu'un auxiliaire ne travaille pas pour un seul maître, mais agit, à la fois, pour le compte de plusieurs, ce fait, malgré l'existence d'une certaine continuité de rapports avec chacun d'eux, est un signe d'indépendance. Si cet élément paraît rarement invoqué pour l'application de l'article 1384 § 5, les Tribunaux s'appuient volontiers sur lui pour refuser à un contrat la qualification de louage de services, en vue d'écarter les dispositions de l'article 1780 du Code Civil et de l'article 23 du Livre I du Code du Travail : on en trouve des exemples nombreux pour les représentants de commerce considérés, le plus souvent, comme indépendants lorsqu'ils représentent plusieurs maisons (3).

(1) En ce sens : H. et L. MAZEAUD, I, n° 981.

(2) Voy. parmi les décisions qui tiennent compte du droit de révocation pour conclure à l'existence du lien d'autorité et de subordination : Aix, 13 mai 1865, D. P. 1866.2.238, Tr. civ., Marseille, 27 mai 1879, infirmé par Aix, 24 févr. 1880, D. P. 1880.2.243 ; Toulouse, 3 mars 1883, S. 1884.2.161 ; Aix, 10 mars 1892, *Gaz. Pal.*, 1893.2.716 (1^{re} espèce) ; Civ. rej., 2 mai 1906, D. P. 1909.1.97. Cpr. P. ESMEIN, *Examen doctrinal, Rev. Crit.*, 1924, p. 205.

(3) Voy. par exemple : Limoges, 18 déc. 1903, *Gaz. Pal.*, 1904.1.460, Tr. comm. Marseille, 14 mai 1906, D. P. 1906.5.60 ; Tr. civ., Saint-Dié, 26 juill. 1907, confirmé par Nancy, 2 févr., 1909, D. P. 1910.2.268, S. 1909.2.246 ; Paris, 28 janv. 1911, D. P. 1912.2.167, S. 1911.2.309 ; Paris, 27 déc. 1930, *Gaz. Pal.*, 1931.1.89. *Addé* : Civ. rej., 18 oct. 1910, S. 1911.1.48 (arrêt relatif à la compétence du conseil des prud'hommes).

S'il permet, en général, de présumer l'indépendance, le fait de représenter plusieurs maisons n'est cependant pas inconciliable, quant au fond du droit,

A côté des indications tirées des circonstances propres de l'espèce, considérées objectivement, on rencontre un troisième groupe d'éléments de nature à exercer une influence sur la preuve : ce sont des éléments subjectifs tenant aux qualités ou aux habitudes personnelles de celui qui fournit ses services et même à certaines qualités de celui pour le compte de qui il agit.

La compétence technique figure parmi eux. Que le travail à accomplir demande des connaissances très spécialisées, la subordination existera très rarement si elles font défaut au prétendu commettant. Il n'est pas exact que celui-ci doive avoir *nécessairement* les mêmes qualités techniques que son préposé, mais il est rare qu'on se fasse reconnaître un droit de direction qu'on n'est pas en mesure d'exercer. Aussi comprend-on que les motifs des arrêts relèvent volontiers cette incompétence ; mais nous savons qu'on ne saurait y voir autre chose qu'une présomption, un signe d'absence d'autorité (1).

La situation sociale elle-même du préposé peut, parfois, être prise en considération ; on tiendra compte, en particulier, des conditions dans lesquelles il déploie habituellement son activité. Celui qui a coutume d'agir librement ne se place pas volontiers, même à titre exceptionnel, sous les ordres d'autrui. Par là encore, s'expliquent certaines décisions qui semblent contredire le critère de l'autorité généralement suivi. Les partisans de l'idée de dépendance économique et sociale citent, on le sait, à l'appui de leur thèse, des arrêts qui, déniaient à un individu la qualité de préposé, ont relevé qu'il avait l'habitude de travailler à ses risques (2) ; mais ces arrêts ne se ral-

avec l'existence de différents contrats de louages de services. La loi du 5 février 1932 (D. P. 1932.4.170) prévoit expressément l'application, en pareil cas, de l'article 23 du Livre I du Code du Travail.

(1) *Supra*, II, chapitre I, section II, § 1, p. 159 et les arrêts cités p. 158, note 3. Voy. SOENENS, Conclusions précitées, *Belgique Judiciaire*, 1925, col. 538, sous Gand, 9 avril 1925 : il paraît *invraisemblable* que le propriétaire, incompétent, se voit réservée la direction technique.

(2) *Supra*, I, section II, p. 88 et les arrêts cités aux notes 2 et 3.

lient nullement à l'opinion nouvelle. Le raisonnement des juges s'analyse simplement ainsi : le lien d'autorité et de subordination n'est pas directement prouvé et il ne peut être considéré comme vraisemblable, étant données les habitudes de l'intéressé.

Ces développements relatifs à la preuve des rapports de commettant à préposé, en particulier ceux qui concernent la preuve déplacée, montrent la complexité des litiges et le nombre des éléments qui sont susceptibles d'intervenir dans leur solution.

Parmi ces éléments, sur lesquels la preuve peut être légitimement déplacée, la plupart présentent un caractère très remarquable.

Les uns correspondent à des notions dans lesquelles une partie de la doctrine voit, à tort, le critère du lien de proposition : tels le choix et la dépendance économique ou sociale. Ainsi, les différents critères proposés apparaissent comme des éléments de preuve du véritable critère qu'ils masqueront parfois.

D'autres n'ont jamais été considérés comme directement générateurs des qualités de commettant et de préposé, mais quelques auteurs les ont cru nécessaires à l'existence d'un lien d'autorité et de subordination. Telles sont les conditions générales d'accomplissement du travail : mode de rémunération, choix des auxiliaires, fourniture de la matière première. Telle est aussi la possibilité matérielle de donner des ordres qui, pour certains, devrait s'ajouter au droit de direction. Ces différents éléments, qui ne sont pas réellement constitutifs de l'autorité, la font cependant présumer.

Des notions écartées quant au fond du droit réapparaissent ainsi, sous un aspect nouveau, sur le terrain de la preuve. Il en résulte que les principes perdent, dans l'application, une partie de leur fermeté. Des doctrines opposées aboutissent parfois, en définitive, aux mêmes résultats pratiques, conduisent à reconnaître aux mêmes individus la qualité de prépo-

sés (1). C'est pourquoi la systématisation de la jurisprudence n'est valable que si elle porte sur des courants très généraux. Des décisions isolées risquent, au contraire, de donner lieu à des interprétations contradictoires. Pour prendre un seul exemple, il peut être difficile de savoir, dans un cas donné, si la qualité de commettant a été fondée sur le choix ou si celui-ci a été considéré comme un mode de preuve de l'autorité. Le plus souvent, en effet, la distinction entre les constatations relatives au fond du droit et celles qui n'ont qu'une valeur probatoire n'est pas formulée.

Une telle déformation des principes dans quelques-unes de leurs applications est indéniable. Mais elle découle nécessairement des méthodes suivies en matière de preuve et de l'habitude de se contenter de simples probabilités, habitude entièrement légitime au surplus, et qui permet d'approcher plus souvent de la vérité que le principe opposé, en vertu duquel tout demandeur qui n'apporte pas la preuve du fait litigieux lui-même serait débouté. Elle n'est donc pas spéciale à la matière du lien de préposition.

S'il peut, d'ailleurs, en résulter quelque difficulté et, dans des situations particulières, quelque confusion, des différences primordiales existent, et restent très nettes dans la majorité des cas, entre le rôle purement probatoire reconnu à certains éléments et celui qu'ils joueraient s'ils représentaient réellement, quant au fond, les conditions génératrices des rapports de commettant à préposé.

Ils ne sont d'abord retenus que si les raisonnements auxquels ils servent de base concordent vers une même conclusion. Pour dépourvu de sanctions qu'il soit parfois (2), ce

(1) Cpr. le rapprochement qui s'opère, en pratique, entre la faute et le risque : par l'appréciation très sévère de la faute, on parvient à donner la même solution dans les cas où elle est exigée et dans les circonstances où elle n'est pas nécessaire (Voy. par exemple, pour le transport bénévole, Besson, note D. P. 1930.2.116, col. 2).

(2) L'exercice, par la Cour de cassation, d'un contrôle sévère de la motivation, s'étendant à la valeur logique du raisonnement, pourrait sanctionner

principe n'est pas dénué d'importance. Au lieu de s'attacher à un seul élément pris comme critère du lien de préposition, ou à un nombre préfixé d'éléments, considérés comme constitutifs de l'autorité et de la subordination, le juge les appréciera dans leur ensemble pour en tirer une probabilité moyenne. A défaut d'une telle concordance, si, par exemple, les inductions tirées des éléments objectifs et celles qui dérivent des éléments subjectifs sont contradictoires entre elles, il décidera que la preuve n'a pas été rapportée. Ceci découle de ce que ces éléments ne sont pas pris en considération pour eux-mêmes mais comme signes d'un autre fait, de ce qu'ils ne sont que le point de départ d'un raisonnement concluant à l'existence probable de cet autre fait.

Ils n'interviennent, d'autre part, et c'est la conséquence essentielle de cette même idée, qu'à titre subsidiaire, à défaut d'une preuve directe du lien d'autorité et de subordination. Dès que ce lien est certain, on ne tient compte d'aucune autre considération. Peu importe, en particulier, la situation sociale et peu importe que le préposé agisse, en l'espèce, autrement qu'il n'en a coutume ; si la subordination existe réellement, il est indifférent qu'elle n'apparaisse pas vraisemblable.

Du rôle subsidiaire de ces éléments probatoires, il résulte encore, et en sens inverse, que, dans le cas où leur réunion rend au premier abord la subordination très probable, mais où l'on obtient la preuve directe de l'indépendance, l'application de l'article 1384 § 5 ne doit pas être admise : la preuve déplacée ne se conçoit pas contre la certitude de l'inexistence du fait litigieux lui-même. Mais cette dernière conséquence, strictement exacte sur le terrain de la preuve, pourrait se trouver écartée par l'intervention de la notion d'apparence.

ce principe. Mais, le contrôle n'est pas habituellement conçu de façon aussi large (*Infra*, chapitre III, p. 286 s.).

CHAPITRE II

LES RAPPORTS APPARENTS DE COMMETTANT A PRÉPOSÉ

La réunion de certains éléments rendant la subordination vraisemblable, alors qu'elle n'existe pas en réalité, crée une situation apparente susceptible de tromper les tiers. Si le « préposé apparent » commet une faute, celui qui paraissait, à tort, exercer une autorité sur lui en sera-t-il responsable ?

La notion d'apparence, si elle était admise, pourrait, on le voit, modifier sur certains points l'application des principes dégagés dans la théorie de la preuve. Mais les deux questions se distinguent nettement : il ne s'agirait plus de prouver par simple déplacement, c'est-à-dire sans certitude, que les conditions d'application de l'article 1384 § 5 sont réunies, mais, *étant acquis qu'elles ne le sont pas*, de statuer *comme si* elles l'étaient.

La solution de principe à apporter à ce problème ne saurait faire de doute. La mise en œuvre de la responsabilité du fait d'autrui suppose l'existence, entre le commettant et le préposé, d'un lien d'autorité et subordination ; cette condition de fond ne peut être suppléée par une simple apparence (1). Celle-

(1) En ce sens : DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1914, p. 650. Si la question peut se poser de savoir si certaines situations apparentes produisent, par elles-mêmes, des effets juridiques, c'est uniquement en matière contractuelle. L'idée d'apparence conduit alors à valider des actes qui, dans la rigueur des principes, devraient être considérés comme nuls : les actes passés par une personne qui n'est pas titulaire véritable d'un droit, mais qui paraît l'être

ci n'est, pour la victime, la source d'aucune garantie supplémentaire de réparation.

Mais, s'il est certain que la situation apparente ne doit pas, *en tant que telle*, être prise en considération, il convient de rechercher s'il peut en être autrement, dans des cas particuliers, par l'intervention de règles différentes. Elle serait alors retenue, non pas pour elle-même, comme ayant une valeur en soi, mais en raison de circonstances spéciales à certaines espèces déterminées.

Posée en ces termes, la question se présente sous un aspect différent. La situation apparente engendre des effets de droit lorsqu'elle ne s'est créée que par la faute du commettant apparent et que cette faute est unie par un lien de causalité au dommage subi par la victime.

Pour que la responsabilité du commettant apparent soit engagée, il est nécessaire, en premier lieu, qu'il ait commis une faute en laissant croire à l'existence d'un lien de préposition dont les éléments ne se trouvaient pas réunis (1) ; il faut donc qu'il ait permis à l'auteur du dommage de se comporter comme son préposé. On peut alors légitimement décider qu'en raison de cette faute, et en réparation du préjudice qu'elle a causé aux tiers en faisant naître une erreur dans leur esprit, il sera traité de la même façon que s'il était véritablement commettant.

Sur ce fondement de la faute personnelle, l'apparence ne sera retenue que dans des limites étroitement précisées. Elle ne pourra l'être que lorsque l'erreur commise par la victime aura trait à la *nature* des rapports qui unissent le commet-

aux yeux des tiers (LAURENT, *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*, thèse Caen, 1931, n° 4 ; P. ESMEIN, note S. 1921.1.313).

Sur les différentes applications de l'apparence ainsi entendue, voy. LAURENT, *op. cit.* Au surplus, même en ce domaine contractuel, les Tribunaux s'efforcent, le plus souvent, de relever l'existence d'une faute comme fondement des conséquences juridiques attachées à la situation apparente (LAURENT, *op. cit.*, n° 4).

(1) DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1923.774.

tant et le préposé apparents, non quand elle sera relative à l'existence même de ces rapports. Deux exemples éclaireront cette distinction.

Bien que ce soit là une hypothèse assez exceptionnelle, il est possible qu'un tiers, usurpant certains signes extérieurs d'une fonction donnée, réussisse ainsi à se faire passer pour le préposé d'une personne déterminée, à laquelle il n'est uni par aucun rapport. On ne saurait alors reprocher à celle-ci la moindre négligence puisqu'elle n'avait pas la possibilité de surveiller les agissements de quelqu'un qui lui est totalement étranger : elle n'encourt donc pas de responsabilité.

A l'inverse, il est plus fréquent qu'un auxiliaire indépendant paraisse agir sous l'autorité du bénéficiaire de ses services. L'existence de certains rapports juridiques est alors établie. L'erreur ne porte que sur leur nature : ce sont, en réalité, des rapports d'indépendance, en apparence, au contraire, des rapports de subordination. Il peut en être ainsi, soit que l'auxiliaire se présente volontairement comme préposé, soit que, en dehors de toute intervention de sa part, il semble posséder cette qualité en raison des conditions extérieures dans lesquelles il agit. Cette apparence trompeuse résultera de l'un des éléments déjà connus qui rendent la subordination vraisemblable, en particulier des habitudes de la profession : tel est, par exemple, le cas lorsqu'un courtier indépendant accomplit, pour le compte d'une compagnie d'assurances, des actes qui entreraient normalement dans le rôle d'un agent subordonné (1). Dans ces hypothèses, une faute peut parfois être relevée à la charge du commettant apparent : lorsqu'il sait que son auxiliaire prend indûment la qualité de préposé, il a le devoir de l'en empêcher. De même, lorsqu'en faisant appel à un collaborateur indépendant, il adopte une méthode différente de celle qu'il est coutume de suivre dans sa profession, il est tenu d'en avertir les tiers par une publicité suffisante.

(1) Hypothèse prévue par Civ. rej. 23 avr. 1914 (motifs), D. P. 1916.1.68, *Rev. trim.*, 1914.650.

Mais il importe de noter que la faute, si elle est ici concevable, n'est pas démontrée par le seul fait qu'une situation de nature à tromper les tiers a pu se créer : par exemple, elle n'existe pas lorsque l'auxiliaire s'est présenté comme préposé et a commis immédiatement un délit, sans que son cocontractant ait eu le temps d'intervenir pour faire connaître au public la nature véritable des rapports qui l'unissent à lui. Le plus souvent, la preuve de la faute ne pourra donc être rapportée qu'autant que la situation apparente se sera prolongée pendant un certain temps. En l'absence d'une telle preuve, celui qui paraît posséder la qualité de commettant n'encourt aucune responsabilité : c'est une conséquence nécessaire du principe que nous avons adopté, selon lequel l'apparence ne produit pas ici, par elle-même, de conséquences de droit.

Si la faute est nécessaire, elle ne suffit pas, à elle seule, à engager la responsabilité du commettant apparent : elle doit, encore, être unie au dommage par un lien de causalité. Cette deuxième exigence, imposée par l'application des règles de droit commun de la responsabilité, est de nature à restreindre encore le nombre des cas où des rapports simplement apparents de commettant à préposé peuvent être pris en considération.

En effet, l'analyse de la causalité se révèle ici particulièrement complexe. Une faute est commise. Créant une apparence trompeuse, elle provoque une erreur dans l'esprit des tiers, et, en particulier, dans celui de la victime : c'est là le seul effet qu'elle produise nécessairement. Mais, pour qu'on puisse affirmer qu'elle est unie au dommage par un lien de causalité, il faut quelque chose de plus : il faut que le préjudice subi par la victime soit dû à l'erreur qu'elle a commise. Or, il n'en est ainsi qu'autant que cette erreur de la victime a exercé une influence sur sa manière d'agir : en raison de sa croyance erronée à l'existence du lien de préposition, elle s'est placée dans une situation qui a rendu possible le délit ou le quasi-délit du préposé apparent et a permis, par là même, la réalisation du

dommage ; si elle avait, au contraire, connu la réalité, elle se serait comportée de telle sorte que ce dommage n'aurait pas pu se produire. A cette condition, mais à cette condition seulement, la série des événements qui, partant de la faute, aboutissent au préjudice, peut être reconstituée de la manière suivante : faute créatrice d'une apparence trompeuse, — apparence génératrice d'une croyance erronée, — action de la victime fondée sur sa croyance, — dommage réalisé par suite de cette action.

Mais il paraît précisément très difficile, *à priori* tout au moins, d'admettre l'existence de cette chaîne causale ; il est, au premier abord, peu vraisemblable qu'un rapport quelconque puisse être découvert entre l'erreur de la victime et l'attitude observée par elle. On ne peut supposer qu'elle se soit exposée à un danger parce qu'elle comptait sur la garantie résultant d'une responsabilité civile du fait d'autrui pour assurer la réparation du préjudice qui risquait de l'atteindre. Mais admettre uniformément cette solution négative serait raisonner de façon superficielle : deux hypothèses très différentes doivent être distinguées. Tantôt la victime n'a pas agi *en considération de la personne* qui lui cause le dommage : lorsqu'un piéton traverse une rue, la personnalité du chauffeur de la voiture qu'il aperçoit n'est pour rien dans sa détermination. Tantôt, au contraire, elle a agi sur un tel fondement : c'est parce qu'elle a fait confiance à tel individu que celui-ci a pu commettre le délit dont elle supporte les conséquences. Il en est ainsi, par exemple, parmi les délits d'ordre pénal, pour l'escroquerie, parmi les délits d'ordre civil, pour la faute précontractuelle.

Cette distinction permet de déterminer les cas dans lesquels l'apparence peut légitimement intervenir. Il n'en saurait être question dans la première hypothèse où la considération de l'auteur du dommage et, par suite, sa qualité supposée de préposé ne sont pour rien dans la conduite de la victime. Celle-ci n'aurait pas agi autrement si elle avait connu la réalité ; le préjudice qu'elle subit n'est donc pas causé par la faute du com-

mettant apparent qui l'a induite en erreur. Mais la solution contraire doit être admise dans la seconde situation, c'est-à-dire lorsque la victime a rendu le dommage possible en entrant en relations avec le préposé apparent sur la foi de la qualité qu'il semblait posséder. Elle croyait alors, par son intermédiaire, accorder sa confiance au commettant apparent, dont la responsabilité sera, par suite, engagée.

La mise en œuvre de cette idée directrice est, sans doute, délicate et la délimitation, sur ce fondement, des cas où la qualité apparente de commettant est une source de responsabilité ne saurait constituer qu'une question d'espèces. Quelques lignes générales peuvent être cependant précisées : dans certaines situations, en effet, où l'apparence est plus particulièrement susceptible d'influer sur la conduite de la victime, cette responsabilité doit être considérée comme normale.

Il en est ainsi, tout d'abord, lorsque l'auxiliaire, en réalité indépendant mais paraissant subordonné, est un mandataire. Les conditions sont, ensuite, les mêmes lorsqu'il s'agit d'intermédiaires qui, sans avoir reçu le pouvoir de représenter, participent aux négociations précédant la conclusion des contrats ou, plus généralement, la passation des actes juridiques, et qui constituent le groupe le plus important parmi ceux qu'on tend à qualifier aujourd'hui de représentants des intérêts d'autrui (1). Dans l'une et l'autre hypothèses, les tiers, en s'adressant à celui qu'ils croient préposé, entendent entrer en relations juridiques avec le commettant apparent ; si donc l'erreur qu'ils commettent s'explique par une faute de celui-ci, le juge statuera de la même façon que si le lien de préposition existait réellement. Exceptionnellement, il statuera encore en ce sens lorsque le préposé remplit une mission purement matérielle mais n'est parvenu à se placer dans la situation rendant le délit possible qu'en raison de la qualité que lui attribuaient les tiers : ainsi du vol commis dans une gare par le

(1) CASSIN, *in* PLANIOL et RIPERT, VI, n° 60.

préposé apparent d'une agence de voyages (1). La question se pose d'ailleurs exactement dans les mêmes termes quand on a affaire à un individu qui a été véritablement préposé et qui a été révoqué de ses fonctions sans une publicité suffisante.

Dans tous ces cas, celui qui a laissé se créer, par sa faute, une apparence trompeuse doit, en vertu de l'article 1382, réparer les conséquences de cette faute. Or, la réparation la plus naturelle consiste à lui faire supporter la charge des dommages causés par son préposé apparent, comme s'il était commettant.

Telle est, au moins, la solution à laquelle conduit le raisonnement fondé sur les principes généraux de la responsabilité civile. Il reste à rechercher si la jurisprudence est conforme à cette conclusion.

* * *

Les Tribunaux se sont rarement prononcés sur le problème qui vient d'être étudié. Ils ont eu plus souvent à résoudre une difficulté voisine qui se présente lorsque l'auteur du dommage, réellement préposé, paraît avoir des fonctions plus étendues que celles que le commettant lui a confiées. Il y a alors *fonctions apparentes* et non *rapports apparents* de commettant à préposé : aussi est-ce avec la notion d'exercice des fonctions que nous étudierons ce second point (2).

Sur celui qui nous retient seul pour l'instant, on peut toutefois relever quelques décisions, en particulier un arrêt de la Chambre criminelle du 3 mars 1923 (3). L'agent d'une marque d'automobiles ayant détourné le prix de vente d'une voiture, la Cour d'Appel d'Aix avait retenu la responsabilité du constructeur bien que cet agent fût, en réalité, un commerçant in-

(1) Voy. sur ce point : Tr. corr. Reims, 27 déc. 1912, *Gaz. Pal.*, 1913.1.199, *Rev. trim.*, 1913.411.

(2) *Infra*, Deuxième partie, chapitre II, section II, p. 348 s.

(3) Crim. rej., 3 mars 1923, D. P. 1923.1.50, S. 1923.1.400, *Rev. trim.*, 1923.774.

dépendant. La Chambre criminelle rejette le pourvoi dans les termes suivants : « C'est en se fondant sur les circonstances de la cause et sur la correspondance versée aux débats que la Cour a jugé que Maubon avait agi dans l'affaire comme représentant de la Société Hurtu, qualité qu'il prenait lui-même, qui ne faisait doute pour aucun de ceux qui sont entrés en relations avec lui et que la Société Hurtu n'a nullement contestée dans sa réponse à une lettre par laquelle Grisel l'avait attribuée à Maubon ». Le fondement de la solution ainsi donnée réside incontestablement dans l'idée de faute et correspond, par suite, aux enseignements tirés de l'analyse doctrinale qui précède. Le fait que l'arrêt invoque la correspondance échangée entre le client et la société est, à ce point de vue, particulièrement probant : en ne faisant pas savoir au public, et spécialement à la victime, quels étaient les véritables rapports qui l'unissaient à son agent, la société s'était rendue coupable d'une négligence qui engageait sa responsabilité (1).

Les autres décisions intervenues sur cette question se sont prononcées dans le même sens, avec, parfois, plus de netteté encore (2). Il paraît donc certain que, pour la jurisprudence,

(1) Sans doute, les catalogues de la Société précisaient-ils que les agents de la marque n'étaient pas ses préposés, et la Cour d'Appel avait-elle refusé de tenir compte de cette mention parce qu'il n'était pas établi que le client en ait eu connaissance. Mais on ne saurait tirer argument de ce fait pour soutenir que, l'indication figurant sur les catalogues étant exclusive de toute faute, l'arrêt doit recevoir une autre interprétation. Il est possible que la Cour d'Appel, et aussi la Chambre criminelle (car il appartient à la Cour de cassation de contrôler la qualification légale des faits) se soient montrées trop sévères en reconnaissant, dans l'espèce, l'existence d'une faute. Mais ce n'est là qu'une question d'appréciation ; quant aux principes, les deux décisions n'en reposent pas moins sur ce fondement de la faute. Ajoutons que, même en fait, elles nous paraissent justifiées. Une mention sur un catalogue ne constitue pas toujours une publicité suffisante ; d'autre part, l'agent ayant coutume de prendre lui-même une qualité qu'il ne possédait pas, la Société avait le devoir d'intervenir pour faire cesser cette situation.

(2) Voy. Tr. corr. Reims, 27 mai 1912, *Gaz. Pal.*, 1913.1.199, *Rev. trim.*, 1913.411 particulièrement formel dans le sens de la faute ; Civ. rej., 23 avr. 1914, motifs, D. P. 1916.1.68, *Rev. trim.*, 1914.650. Cpr. : Civ. cass., 27 nov. 1929, motifs *in fine*, D. H. 1930.68.

les rapports apparents de commettant à préposé ne sont pas, en eux-mêmes, une source de responsabilité. Seule, la faute génératrice de cette apparence produit un tel effet ; encore n'en est-il ainsi qu'autant que cette faute est unie au dommage par un lien de causalité. Ce sont donc les règles de droit commun de l'article 1382 qui reçoivent application.

Le nombre très restreint des arrêts confirme, lui-même, l'interprétation qui en est ici proposée. Il est rare, en effet, que l'apparence trouve sa source dans une faute de celui qui paraît exercer une autorité ne lui appartenant pas réellement ; il est plus rare encore que l'erreur qu'elle fait naître dans l'esprit des tiers les conduise à agir autrement qu'ils ne le feraient s'ils connaissaient la réalité.

CHAPITRE III

LE POUVOIR DE CONTROLE DE LA COUR DE CASSATION SUR LA RÉUNION DES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DES RAPPORTS DE COMMETTANT A PRÉPOSÉ

L'étude du pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur la réunion des éléments constitutifs des rapports de commettant à préposé, rapprochée de l'examen des questions de preuve, achèvera de montrer comment les notions corrélatives d'autorité et de subordination sont mises en œuvre devant les tribunaux. Elle permettra d'apercevoir les limites de la liberté que gardent les juridictions inférieures dans l'application des principes antérieurement dégagés.

Un premier point est certain : les faits allégués comme preuve de l'existence du lien de préposition sont souverainement constatés par les juges du fond. C'est l'opposition classique du domaine de la preuve et du domaine du pourvoi en cassation (1). Tout au plus, au cas où cette preuve résulte d'un contrat, faut-il réserver le contrôle de la dénaturation d'une clause claire et précise.

Mais, les faits étant ainsi constatés, le juge doit rechercher si leur existence permet de considérer l'auteur de la faute

(1) BARTIN, sur AUBRY et RAU, XII, § 749, note 2 *quater*. Adde : MARTY, *La distinction du fait et du droit*, thèse Toulouse, 1929, nos 104-105. Nous suivons ici de très près cette étude, faisant application à ce point particulier de ses conceptions directrices.

comme préposé. Or, cette seconde opération intellectuelle se dédouble à son tour.

Il faut d'abord définir *in abstracto* les rapports de commettant à préposé, en déterminer les éléments constitutifs. Cette définition est une question de droit. Ainsi, les juges du fond ne pourraient certainement pas, par exemple, déclarer, sans que leur décision soit cassée, que la qualité de préposé est caractérisée par la dépendance économique et sociale.

Une définition abstraite étant adoptée, certains faits étant d'autre part établis, se pose la question de savoir si les faits entrent dans la définition : c'est la qualification proprement dite. Celle-ci doit être également contrôlée. En effet, lorsqu'on dit que le lien de préposition consiste dans un rapport d'autorité et de subordination, on le définit mais on ne résout pas ainsi toutes les difficultés que la complexité des espèces est susceptible de révéler. Si le juge, en un cas déterminé, pour qualifier préposé un individu donné, déclare que cette subordination est, à elle seule, suffisante, qu'il importe peu, par exemple, qu'elle ait trait à une mission occasionnelle ou que le préposé ne soit pas lié au commettant par un contrat, il complète la définition. Il en est d'ailleurs de même lorsqu'il ne prend pas parti expressément sur ces points, mais que la solution résulte clairement de ses constatations et du dispositif de sa décision. Ainsi, la qualification, opération concrète, complète ou précise, ou, tout au moins, est susceptible de compléter ou de préciser la définition, notion abstraite dont l'unité s'impose. C'est pourquoi le contrôle de cette qualification est lui-même nécessaire. Nous rejoignons donc, sur ce terrain particulier, l'analyse de M. Marty, dégageant, d'un point de vue général, le fondement d'un tel contrôle : « par l'identification d'une certaine situation de fait avec une notion légale, toute qualification entraîne indirectement une définition de cette notion » (1).

Une dernière difficulté, la plus délicate, apparaît enfin. Une

(1) MARTY, *op. cit.*, n° 115.

décision échappe-t-elle à la censure par cela seul qu'elle se réfère, en droit, à la conception du lien de préposition admise par la Cour de Cassation, et qu'elle énonce, en fait, que l'auteur du dommage, qualifié préposé, agissait dans un état de subordination ? On aperçoit l'importance de la question. Si l'on y répondait affirmativement, il suffirait aux juges du fond d'établir leur décision sur le schème suivant, sans apporter aucun élément à l'appui de la mineure du syllogisme : « les rapports de commettant à préposé supposent que le premier a le droit de donner au second des instructions obligatoires ; or, ce droit existait en l'espèce ; donc l'auteur du dommage était préposé. » Dans ces conditions, le contrôle deviendrait illusoire. Dès qu'un motif aurait visé l'autorité et la subordination, il ne pourrait s'exercer ; à l'abri de cette constatation purement formelle, méconnaissant peut-être la réalité, il serait loisible aux juridictions inférieures d'attribuer, en toute circonstance, la qualité de préposé à l'auteur d'une faute.

C'est un résultat qui ne peut être admis. Ici, comme en toutes les matières où se pose la question du pouvoir de contrôle de la Cour Suprême, le principe est que la constatation des faits doit être assez précise et assez complète pour que le contrôle de la qualification puisse s'exercer réellement (1). En d'autres termes, le contrôle de la qualification postule nécessairement celui de la motivation.

Les juges doivent donc indiquer les sources d'où ils tirent leur conviction. Ils citeront, par exemple, les clauses du contrat d'où résulte, pour le préposé, l'obligation de suivre les instructions qu'il reçoit ; de même, s'il s'agit d'une preuve déplacée, ils mentionneront les divers éléments qu'ils ont pris en considération pour conclure à la subordination. En résumé, il ne suffit pas, pour qu'une décision soit légalement justifiée, qu'elle affirme l'existence d'un lien d'autorité et de subordination ; il faut que l'existence de ce lien *ressorte* de ses cons-

(1) MARTY, *op. cit.*, n° 137.

tatations. Sinon, la cassation peut être encourue pour *défaut de base légale*.

Sans doute, l'interprétation des clauses du contrat, l'appréciation de la valeur des témoignages, la pertinence des faits apportés en preuve ressortissent, en principe, au pouvoir d'appréciation des juges du fond : la valeur de leur raisonnement ne peut être revisée, mais du moins faut-il qu'il soit reproduit dans les motifs. Encore, la valeur du raisonnement peut-elle donner lieu, elle-même, à cassation s'il apparaît manifestement contradictoire. Tel serait le cas si le juge avait retenu, à la fois, plusieurs éléments inconciliables, dont les uns rendraient la subordination vraisemblable tandis que les autres feraient, au contraire, présumer l'indépendance. La cassation devrait alors être prononcée pour *contradiction entre les motifs* (1).

* * *

Tel est, d'un point de vue doctrinal, le départ entre les questions soumises au contrôle et celles qui lui échappent. La jurisprudence de la Cour Suprême est, en général, conforme à ces principes. Si l'harmonie n'est pas entière entre ses arrêts, si, à travers la multiplicité des considérations de fait, il est difficile de se rendre un compte exact de sa position, elle est loin d'être aussi flottante qu'on l'a parfois laissé entendre (2). Il faut se garder, en effet, d'une tendance à interpréter les arrêts de rejet comme reconnaissant en tout le pouvoir souverain des juges du fond ; la plupart d'entre eux définissent, au contraire, avec netteté les éléments constitutifs des rapports de commettant à préposé, relèvent les constatations de fait démontrant que ces éléments sont ou non réunis en l'espèce et

(1) Voy. sur ce double aspect du contrôle de la motivation (défaut de base légale et contradiction entre les motifs) : MARTY, *op. cit.*, n^{os} 138 s.

(2) Sur l'explication de certaines contradictions apparentes, voy. DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, thèse Paris, 1931, n^o 118. *Contra* : Sava-tier, note D. P. 1928.4.20.

en déduisent que la décision attaquée est légalement justifiée (1).

Pour l'ensemble de la jurisprudence de la Cour de Cassation, la définition et la qualification de préposé constituent donc une question de droit. L'unité de la solution qu'elle doit recevoir est assurée par les arrêts nombreux aux termes desquels « la responsabilité du fait des préposés, mise par l'article 1384 à la charge des commettants, suppose, pour son application, que ceux-ci ont le droit de donner à leurs préposés des ordres ou des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles ils les emploient, autorité et subordination sans lesquelles il n'y a pas de véritables commettants » (2). Mais deux raisons empêchent cependant de parvenir à la certitude et à l'uniformité absolues des décisions.

En premier lieu, tous les éléments de la définition ne sont pas précisés. C'est ainsi que la Cour de Cassation n'a jamais pris parti sur le point de savoir si la subordination de fait est, au même titre que l'obligation juridique d'obéir, génératrice de la qualité de préposé. Ne pas poser de principe ferme

(1) Voy. en particulier : Crim. rej., 10 nov. 1859, D. P. 1860.1.49 ; Crim. rej., 30 déc. 1875, D. P. 1876.1.415, S. 1876.1.91 ; Req., 4 févr. 1880, D. P. 1880.1.392, S. 1880.1.463 ; Civ. rej., 15 janv. 1889, D. P. 1889.1.49 ; Civ. rej., 9 août 1892, D. P. 1892.1.567 ; Civ. rej., 28 févr. 1894, D. P. 1894.1.264, S. 1894.1.271 ; Req., 29 mai 1900, D. P. 1901.1.265 ; Crim. rej., 26 janv. 1901, D. P. 1904.1.457, S. 1903.1.104, *Rev. trim.*, 1902.378 ; Crim. rej., 3 avr. 1908, S. 1909.1.423, *Rev. crit.*, 1911.145 avec les observations de M. Ripert ; Req., 7 nov. 1910, D. P. 1912.1.323, S. 1911.1.87, *Rev. crit.*, 1911.145 avec les observations de M. Ripert ; Crim. rej., 11 juill. 1913, D. P. 1918.1.62, S. 1920.1.43 ; Crim. rej., 1^{er} déc. 1916, D. P. 1917.1.119, *Rev. trim.*, 1918.111 ; Req., 7 avr. 1924, D. H. 1924.373 ; Civ. rej. 4 avr. 1928, *Gaz. Pal.*, 1928.2.8.

(2) Voy. l'ensemble des arrêts cités *supra*, II, chapitre I, section I, § 2, en particulier p. 127, 1.

Le contrôle s'exerce donc, bien qu'il s'agisse d'une notion non définie par la loi. Pour la critique d'une théorie selon laquelle il n'y aurait pas lieu à contrôle en pareil cas, voy. : MARTY, *La distinction du fait et du droit*, thèse Toulouse, 1929, n^{os} 111-112 (et pour l'influence que cette théorie a parfois exercée en jurisprudence n^{os} 123 s.).

sur une question aussi importante équivaut à négliger l'un des deux éléments possibles du lien d'autorité et de subordination. C'est la raison pour laquelle des solutions que l'idée d'équivalence du fait et du droit devrait faire admettre sans hésitation apparaissent incertaines en jurisprudence; ainsi en est-il, en particulier, de l'existence des rapports de commettant à préposé en méconnaissance de l'autorité maritale (1).

D'autre part, le principe même du contrôle est parfois abandonné. Sans doute, aucun arrêt n'a-t-il formellement déclaré qu'il appartenait aux juges du fond de décider souverainement de ce qu'il faut entendre par les termes de commettant et de préposé; mais, dans des cas particuliers, cette idée semble avoir été implicitement admise. Par exemple, un arrêt de la Chambre des requêtes du 4 juin 1929, cité dans une autre partie de cette étude (2), rejetant le pourvoi formé contre une décision qui avait considéré un « nourricier » comme préposé de l'Assistance publique, contient le motif suivant : « Le jugement attaqué constate que P... était un préposé salarié de l'Assistance publique pour exercer les fonctions de nourricier...; en décidant, en l'état de ces constatations, que le commettant était responsable du dommage causé par la faute de son préposé, le jugement a fait une exacte application de l'article 1384 ». Ainsi, une décision échapperait à la censure, alors même qu'elle ne constate pas la subordination, lorsqu'elle se présente sous la forme suivante : l'auteur de la faute est préposé; donc le commettant est responsable. C'est oublier que les juges du fond ne doivent pas affirmer seulement l'existence des qualités de commettant et de préposé, mais constater la réunion des éléments constitutifs de ces qualités.

Si le contrôle sur la définition et la qualification est parfois, lui-même, hésitant, celui qui devrait s'exercer sur la motiva-

(1) *Supra*, II, chapitre II, p. 207 s.

(2) Req. 4 juin 1929, D. P. 1929.1.153, note Waline, S. 1929.1.346, *Rev. trim.*, 1929.760, discuté *supra* : I, section III, § 1, p. 94-95.

tion, pour l'exiger à la fois complète et logique, est beaucoup plus incertain.

Des arrêts sont cassés parce que les constatations sur lesquelles ils se sont appuyés ne démontrent pas avec certitude, ou tout au moins avec assez de vraisemblance, l'existence d'un lien d'autorité et de subordination (1); il s'agit donc alors d'une cassation pour insuffisance des motifs de fait. Mais, en d'autres circonstances, les moindres constatations sont considérées comme suffisamment démonstratives de la subordination (2). On notera particulièrement, en ce dernier sens, un arrêt de la Chambre criminelle du 23 janvier 1931 considérant un chauffeur de taxi comme préposé : « pour déclarer D... et W..., ès-qualités de gérants du garage Saint-Christophe civilement responsables, le juge de police constate que Derhédossian, auquel les demandeurs confiaient l'instrument de travail que constituait la voiture, recevait une rémunération égale à la moitié de la recette journalière, dont *il devait rendre compte* à ceux-ci » (3). Le fait de devoir rendre compte de la recette journalière est donc ici le seul élément par lequel se manifeste la subordination dans l'accomplissement du travail. Ce laconisme des motifs aurait été susceptible de justifier la cassation pour manque de base légale.

On rapprochera de cette espèce un arrêt de la même Chambre, du 9 janvier 1931 (4), cassant précisément pour

(1) Voy. en particulier : Civ. cass., 25 oct. 1886, D. P. 1887.1.225, S. 1887.1.457 ; Civ. cass., 5 janv. 1891, D. P. 1891.1.7, S. 1892.1.247 ; Crim. cass. 30 oct. 1902, D. P. 1904.5.592, S. 1902.1.544 ; Crim. cass., 2 avr. 1908, *Gaz. Pal.*, 1908.1.584 ; Crim. cass., 18 avr. 1921, S. 1923.1.161 (1^{re} espèce) ; Civ. cass., 15 juin 1926, D. H. 1926.404, S. 1926.1.249, note Esmein ; Crim. cass. 9 janv. 1931, D. P. 1931.1.171, note Dallant, S. 1931.1.358, *Rev. trim.*, 1931.177 ; Crim. cass., 25 juin 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.2.463 (2^e espèce), *Rev. gén. ass. ter.*, 1932.834 (1^{re} espèce).

(2) Crim. rej., 8 mai 1908, D. P. 1909.1.135 ; Crim. rej., 24 oct. 1913, D. P. 1918.1.62 (2^e espèce), *Rev. trim.*, 1914.118 ; Req., 24 janv. 1923, D. P. 1923.1.55, S. 1924.1.229 ; Crim. rej., 23 janv. 1931, D. H. 1931.149 (2^e espèce), S. 1931.1.354.

(3) Crim. rej., 23 janv. 1931, précité.

(4) Crim. cass., 9 janv. 1931, précité, D. P. 1931.1.171, note Dallant, S. 1931.1.358, *Rev. trim.*, 1931.177.

cette raison un arrêt de la Cour d'appel d'Alger : « *le seul fait* par El Baze d'avoir chargé Germon de vendre sa voiture et, par suite, d'aller la présenter à des acquéreurs éventuels, *ne saurait justifier la décision de la Cour d'appel*. Il faudrait en effet, comme condition essentielle, que l'auteur de l'acte dommageable ait agi, eu égard à la nature du fait retenu, sous l'autorité du propriétaire de la voiture ».

Malgré la très grande majorité des décisions les plus nettes, ces deux arrêts rendus à quelques jours d'intervalle montrent, par leur opposition, l'incertitude que révèle encore parfois la jurisprudence de la Cour de cassation, incertitude assez fréquente quant au contrôle sur la constatation des faits, beaucoup plus rare quant au contrôle sur la qualification. La doctrine plus sûre qu'exprime le dernier arrêt cité gagnerait à être uniformément affirmée.

DEUXIÈME PARTIE

LA CESSATION DES RAPPORTS DE COMMETTANT A PRÉPOSÉ

Il ne suffit pas, pour définir juridiquement les rapports de commettant à préposé, d'en déterminer les conditions d'existence ; il convient encore de rechercher comment ils disparaissent, comment ils cessent de produire effet.

Ces rapports sont, sans aucun doute, rompus lorsque le préposé, ayant achevé sa mission ou ayant été révoqué de ses fonctions, reprend définitivement son indépendance vis-à-vis du commettant ; mais cette solution d'évidence ne présente pas d'intérêt. Le seul problème à étudier est donc celui de l'inefficacité temporaire du lien de préposition unissant deux personnes dont l'une reste investie de la fonction qu'elle remplit habituellement pour l'autre. Or, deux situations différentes entrent dans ce cadre.

Dans un premier cas, le préposé agit momentanément pour le compte d'un tiers : il le fait parfois de façon spontanée, plus souvent en exécution d'un accord intervenu entre le tiers et son commettant. La question se pose alors de savoir s'il perd sa qualité *vis-à-vis de ce commettant* pour l'acquérir vis-à-vis du tiers. Les rapports préexistants de commettant à préposé seraient ainsi suspendus, mais ils seraient remplacés par des rapports de même nature entre personnes différentes ; la garantie résultant d'une responsabilité civile du fait d'autrui serait donc maintenue.

Dans un deuxième cas, au contraire, le préposé répond seul des conséquences de ses fautes. Sa qualité ne lui appartient, en effet, que dans un but nettement déterminé : il n'engage pas la responsabilité de son commettant lorsqu'il cause un dommage en dehors des fonctions auxquelles il est employé.

La dernière partie de ce travail sera donc consacrée à l'étude de deux questions : le transfert de la qualité de commettant à un tiers pour le compte de qui le préposé agit temporairement ; — la perte de sa qualité par le préposé qui agit en dehors de ses fonctions.

CHAPITRE PREMIER

LE TRANSFERT DE LA QUALITÉ DE COMMETTANT A UN TIERS POUR LE COMPTE DE QUI LE PRÉPOSÉ AGIT TEMPORAIREMENT

Dans la complexité de la vie économique actuelle, il est devenu fréquent qu'un préposé agisse pour une autre personne que celle dont il tient ses fonctions (1). La détermination des principes selon lesquels se règlent alors l'attribution de la qualité du commettant et, avec elle, l'incidence de la responsabilité, soulève d'assez graves difficultés. Celles-ci ne naissent d'ailleurs que dans une situation précise, dont les limites doivent être fixées à deux points de vue.

La question ne se pose, en premier lieu, que s'il y a véritablement emploi par le tiers des services du préposé, c'est-à-dire s'il est en droit de lui tracer la tâche à accomplir, sinon dans ses procédés, du moins dans son résultat (2). Si, au contraire, le préposé effectue simplement un travail commandé à son maître habituel, celui-ci garde, de façon indiscutable, sa qualité. L'intervention d'un auxiliaire exécutant totalement ou partiellement son obligation peut être éventuellement, pour le débiteur, la source d'une responsabilité contractuelle du fait d'autrui envers le créancier ; à plus forte raison, ce créancier ne peut-il être considéré comme ayant le même auxiliaire à sa disposition personnelle.

(1) HAURIOU, note S. 1893.3.113 ; BARTIN, sur AUBRY et RAU, VI, § 447, note 15 *quater*, p. 383 ; SAVATIER, note D. P. 1928.1.17.

(2) Cpr. SAVATIER, *loc. cit.*

Pour qu'on puisse dire, d'autre part, qu'un préposé a été mis, ou s'est mis spontanément, à la disposition d'un tiers, il faut que celui-ci n'utilise son activité que *momentanément*, l'employeur habituel devant reprendre, plus ou moins rapidement, la plénitude de ses droits (1). La situation est différente lorsque, nommé par une personne, le préposé remplit, régulièrement et à titre permanent, ses fonctions sous l'autorité d'une autre. Par exemple, la question de savoir si les agents de la police, nommés par le représentant du Département mais placés sous l'autorité du Maire, sont ou non les préposés de la commune (2) n'entre pas dans l'objet de ce chapitre. On ne peut céder à autrui que les services de ceux dont on dispose soi-même : or, il est des cas où le préposé acquiert *directement* cette qualité vis-à-vis de celui qui ne l'a pas choisi, sans la posséder d'abord vis-à-vis de l'auteur de sa nomination.

Même ainsi limité, le problème figure encore parmi les plus délicats de notre matière (3). Il ne peut, en effet, être résolu de façon uniforme. On ne saurait décider une fois pour toutes, en une règle de portée générale, que la responsabilité pèse, soit sur le « commettant d'habitude », soit sur le « commettant d'occasion » (4). Dans la même situation de fait, le patron habituel répond, au contraire, invariablement des accidents du travail envers l'ouvrier (5). C'est que l'application

(1) BARTIN, *loc. cit.* : « Substitution momentanée du pouvoir de contrôle et de surveillance d'une personne sur le préposé d'une autre au pouvoir de contrôle et de surveillance qui appartenait auparavant et qui reviendra ultérieurement à cette dernière. »

(2) Voy. sur cette question : Aix, 24 févr. 1880, D. P. 1880.2.243, et, sur pourvoi, Req. 16 mars 1881, D. P. 1881.1.194. *Addé* : Crim. rej., 15 mars 1923, D. P. 1923.1.137, note Appleton, S. 1923.1.385, note J. A. Roux, *Rev. trim.*, 1923.774., Cpr. : Civ. cass., 25 oct. 1886, D. P. 1887.1.225, s. 1887.1.457 (instituteur communal adjoint nommé par une congrégation religieuse, mais semblant échapper, dans ses fonctions, à son autorité).

(3) BARTIN, *loc. cit.*, sur AUBRY et RAU, VI, § 447, note 15 *quater*.

(4) Nous empruntons cette terminologie à M. Bartin (sur AUBRY et RAU, VI, § 447, note 15 *quater*) ; elle sera régulièrement employée au cours de ce chapitre.

(5) Ch. réunies, 8 janv. 1908, D. P. 1908.1.185, note Dupuich ; *Addé* :

de la loi du 9 avril 1898 suppose l'existence d'un contrat de travail et que cet ouvrier n'a **contracté** qu'avec lui. Mais ici, en vertu de l'idée que le lien de préposition est susceptible d'exister en dehors de tout contrat, le patron occasionnel, bien qu'il n'ait pas contracté avec le préposé, peut être néanmoins responsable. L'application de l'article 1384 est, ainsi que le note M. Demogue (1), plus réaliste que celle de la loi de 1898.

La qualité de commettant appartient donc, suivant les circonstances, au patron habituel ou au patron temporaire, et la jurisprudence se divise, à ce point de vue, en deux groupes sensiblement égaux. Pour déterminer, dans chaque espèce, l'attribution de cette qualité, c'est le critère général du lien de préposition qui, selon la théorie dominante, doit, ici encore, guider l'interprète. Mais il convient d'apporter à l'analyse de la notion d'autorité des précisions nouvelles sans lesquelles elle ne saurait s'adapter à la complexité plus grande des données de fait (Section I).

D'autre part, en raison de l'intervention d'un tiers dans les relations, jusque-là assez simples, qui unissent le commettant au préposé, la question se complique d'un élément nouveau. Il devient nécessaire de rechercher quel est, en cette matière, le rôle de la volonté des parties ; celles-ci, d'après une doctrine récente, pourraient, en effet, fixer souverainement, par leur accord, l'incidence de la responsabilité (Section II).

Civ. rej., 15 déc. 1931, *Rev. gén. ass. ter.*, 1932.340 ; Req., 18 juill. 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.2.653, sous note. Sur cette question SACHET, *Traité des accidents du travail*, I, n° 212. Le cas où un contrat s'est formé entre l'employeur occasionnel et l'ouvrier doit être cependant réservé : voy. par exemple : Dijon, 27 oct. 1931, D. H. 1931.565. Cpr. Req., 9 mai 1932, *Rev. gén. ass. ter.*, 1932.575. Sur cette situation particulière : ROUAST, note *Rev. gén. ass. ter.*, 1932.578.

(1) DEMOGUE, V, n° 908.

SECTION I

Le transfert de la qualité de commettant par le transfert de l'autorité.

Pour résoudre le problème du transfert de la qualité de commettant comme pour déterminer les conditions d'existence du lien de préposition, la Cour de cassation, écartant, à la fois, la notion de choix et les critères d'ordre économique, consacre en termes particulièrement nets, dans ses arrêts les plus récents, la prééminence de l'élément d'autorité. « La responsabilité des faits du préposé, mise par l'article 1384 à la charge du maître ou du commettant, suppose que ce dernier a eu le droit de donner au préposé des ordres ou des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles il est employé : c'est ce droit qui fonde l'autorité et la subordination sans lesquelles il n'existe pas de véritable commettant. *Si, pour un temps ou une opération déterminés, un commettant met son préposé habituel à la disposition d'une autre personne, sous l'autorité et la direction de laquelle, au moment de l'accident, il se trouve en vertu de la convention ou de la loi, la responsabilité se déplace et n'incombe qu'au second commettant* » (1).

Le transfert de la qualité de commettant n'est donc pas une règle générale, mais seulement la conséquence du transfert du droit de direction ; si ce droit est conservé par le commettant d'habitude, l'incidence de la responsabilité n'est pas modifiée (2). Mais il importe de préciser la portée de ce principe directeur.

(1) Civ. cass., 8 mars 1922, D. P. 1925.1.134, 1^{re} espèce, S. 1923.1.115 ; Civ. cass., 13 févr. 1924, D. P. 1925.1.134, 2^e espèce, S. 1924.1.246 ; Civ. cass., 19 janv. 1927, D. P. 1928.1.17, note Savatier, S. 1927.1.189 ; Civ. rej., 4 avr. 1928, *Gaz. Pal.*, 1928.2.8 ; Civ. cass., 3 déc. 1928, *Gaz. Pal.*, 1929.1.175. Jurisprudence fermement assise en ce sens, avant qu'apparaisse un motif aussi net.

(2) Civ. cass., 15 juin 1926, D. H. 1926.404, S. 1926.1.249, note Esmein ;

D'une part, liant l'attribution de la qualité de commettant au *droit* de donner des ordres, il ne peut régir, sans précision supplémentaire, le cas assez exceptionnel où le préposé se met à la disposition du tiers de son propre mouvement. En effet, aucun droit n'est alors transmis à ce tiers par le patron habituel, puisque, par hypothèse, l'opération se passe en dehors de celui-ci, sinon contre sa volonté. Mais il y a conflit entre l'autorité de droit, qui continue à appartenir au commettant d'habitude, et l'autorité de fait, qui est exercée par le commettant d'occasion.

D'autre part, alors même qu'il existe une convention entre les deux employeurs, le conflit entre le fait et le droit est néanmoins susceptible d'apparaître, si cette convention attribue le droit de direction à l'un d'entre eux et qu'il soit exercé en réalité par l'autre.

Il convient de réserver, pour l'instant, les difficultés particulières que fait naître ce conflit, pour s'en tenir à l'étude de l'hypothèse la plus normale où l'autorité de droit est seule à prendre en considération.

En pareil cas, la situation est juridiquement très simple lorsque le droit de donner des ordres au préposé a été maintenu au commettant d'habitude ; la source de ce droit n'est autre que le contrat qu'a passé son titulaire avec le préposé (1).

Une analyse un peu plus complexe est nécessaire lorsqu'il appartient, au contraire, au commettant d'occasion : celui-ci

Civ. cass., 18 juin 1928, D. H. 1928.478 : « La responsabilité ne se déplace que si... ».

La jurisprudence belge exige également le transfert de l'autorité comme condition du transfert de la qualité de commettant : voy. la note signée O. M., *Revue générale des assurances et des responsabilités*, 1927, n° 97, sous Trib. civ. Anvers, 19 mai 1927.

(1) Nous ne nous référons qu'au contrat, *brevitatis causa* ; mais, bien entendu, ici comme ailleurs, l'autorité du commettant peut découler d'une autre source : cpr. *supra*, Première partie, II, chapitre I, p. 116.

tire alors son droit de direction du jeu combiné de deux contrats différents, se pénétrant dans l'exécution. Il le tient du commettant d'habitude qui, en le lui accordant, a renoncé, pour un temps, à l'exercer personnellement. Si, d'autre part, le préposé est tenu de se conformer à ses instructions, c'est parce qu'il en a reçu l'ordre du même commettant d'habitude auquel le lie un contrat antérieur : en obéissant à celui-là il exécute sa propre obligation envers celui-ci. Le droit de donner des ordres et l'obligation d'obéissance qui lui est corrélative ne naissent pas, en somme, de la même source.

Des principes qui viennent d'être posés, il résulte que les fautes du préposé ne font jamais naître, à la charge de deux employeurs, une responsabilité cumulative : le droit de commandement, condition de cette responsabilité, ne peut, en effet, être, à la fois, transmis et conservé par son titulaire. Une seule décision adopte cette solution en termes formels (1) ; mais la jurisprudence est presque unanime à la consacrer de façon implicite (2). Sans doute, admet-elle parfois qu'un préposé puisse avoir deux commettants, mais elle distingue alors, dans les fonctions qu'il remplit, deux domaines distincts, de sorte que, suivant le caractère de l'acte fautif, l'un ou l'autre en répondra, mais en répondra toujours seul (3) : « une même personne, dans de mêmes fonctions, peut être le préposé de plusieurs, mais, *dans le même fait*, elle l'est nécessairement d'un seul (4) ». C'est l'un des points nombreux où

(1) Pau, 30 janv. 1901, S. 1902.2.13.

(2) Voy. toutefois en sens contraire : Angers, 25 janv. 1892, D. P. 1892.2.465 avec la note, critique sur ce point, de Planiol : Tr. corr. Seine, 20 févr. 1900, *La Loi*, 23 mars 1900, infirmé par Paris, 27 juin 1900, *La Loi*, 3 juillet 1900 et Crim. rej., 26 janv. 1901, D. P. 1904.1.157. — Sur cette question, et dans le sens de la jurisprudence dominante : DEMOGUE, V, n° 908 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 649 ; LALOU, n° 510 ; DALLANT, p. 132 ; PLANIOL, note D. P. 1892.2.466, col. 2 ; SAVATIER, note D. P. 1928.1.17, col. 2.

(3) Voy. la jurisprudence adoptant le système de la division de l'autorité : *infra*, p. 299 s., en particulier les décisions citées p. 300, note 2.

(4) Pau, 30 janv. 1904, précité.

la responsabilité du fait d'autrui et la responsabilité du fait des choses obéissent aux mêmes règles (1).

Ainsi, quant à l'analyse juridique de la situation, l'application du critère de l'autorité, telle qu'elle résulte des lignes générales de la jurisprudence, ne soulève pas d'objections (2). Lorsqu'un préposé, normalement au service d'une personne, est exceptionnellement à la disposition d'une autre, rien ne s'oppose, de ce point de vue, à ce que l'autorité appartienne, selon les espèces, tantôt à l'employeur habituel, tantôt à l'employeur occasionnel. Mais, pour justifier cette directive, il convient de montrer encore qu'elle donne une représentation suffisante de la réalité, qu'elle traduit exactement les données de fait. C'est l'aspect le plus important de la question.

Envisagé sous cet angle, le système jurisprudentiel, d'après certains auteurs, ne serait pas satisfaisant. Il est anormal, dit-on, que le tiers qui utilise les services de l'employé d'autrui n'ait pas le droit de le diriger ; sinon, l'opération ne présenterait, pour lui, aucune utilité (3).

Aussi la responsabilité devrait-elle être uniformément à sa charge, de sorte que, si l'on admet le principe, on doit écarter les solutions communément données et que, si l'on veut au contraire les maintenir, il est nécessaire de leur trouver une autre justification.

Cette observation présente une part certaine de vérité. Il est exact qu'on conçoive difficilement une indépendance complète du préposé vis-à-vis du commettant d'occasion. En ce sens, les décisions, d'ailleurs très rares (4), qui admettent que

(1) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, *loc. cit.* (n° 649) et nos 593 et 613 ; SAVATIER, note précitée, D. P. 1928.1.17, col. 2 et note D. P. 1925.1.49.

(2) Voy. pour la doctrine, parmi les auteurs approuvant, dans ses grandes lignes, le système jurisprudentiel : DEMOGUE, V, n° 908 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 649 ; LALOU, nos 507 s. ; CAPRONNIER, p. 134 s. ; DEMARNE, p. 137 s. ; ZINGHER, p. 70 s. ; BASTIDE D'IZARD, p. 44 s. ; GARNIER, p. 57 s. ; BAGHAT, p. 119 s. ; DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, thèse Paris, 1931, n° 106.

(3) DALLANT, p. 118 ; voy. aussi, p. 116-119.

(4) Poitiers, 30 juill. 1888, *La Loi*, 7-8 août 1888 (employé à la Compagnie

le commettant d'habitude conserve l'intégralité de ses droits, sont vraiment critiquables comme déformant la réalité. Mais il n'en résulte pas que le tiers seul dirige uniformément le préposé en toute hypothèse : la clef du problème ne se trouve que dans une analyse plus précise. Si la complexité des faits est trop grande pour qu'ils soient ramenés à l'unité, elle n'est pas telle qu'ils ne puissent être groupés autour de deux situations principales.

En certains cas, il y a substitution complète des droits de l'emprunteur à ceux du prêteur. Les Tribunaux reconnaissent l'existence de cette substitution lorsque, soit de la convention des parties, soit de dispositions légales ou réglementaires, il résulte que le préposé est soumis, en tout, à l'autorité de son nouvel employeur (1). Ainsi, lorsqu'une Chambre de

des Chemins de fer de l'Etat, pour une question de responsabilité envers le préposé lui-même) ; Civ. rej., 16 févr. 1898, D. P. 1898.1.168 (même hypothèse, mais pour la responsabilité envers les tiers) ; Tr. corr. Seine, 23 févr. 1905, *Gaz. Trib.*, 1905, 2^e sem., 2.305 (chauffeur) ; Crim., rej., 8 mai 1908, D. P. 1909.1.135 (cocher) ; Tr. civ. Boulogne-sur-Mer, 20 oct. 1922, *Gaz. Pal.*, 1922.2.684 (*id.*).

(1) Douai, 14 mars 1879, D. P. 1880.2.43, S. 1880.2.290 (charretier) ; Poitiers, 19 mars 1888, D. P. 1888.2.310 (mécanicien conduisant une grue) ; Limoges, 25 juin 1890, D. P. 1892.2.570 (ouvriers à la disposition des Ponts et Chaussées pour un travail en régie directe) ; Paris, 27 févr. 1892, D. P. 1892.2.465 (conducteur fourni à une compagnie de chemins de fer) ; Aix, 10 mars 1892 et Rouen, 28 nov. 1893, *Gaz. Pal.*, 1893.2.716 (mécanicien conduisant une grue) ; Douai, 5 mars 1895, *Gaz. Pal.*, 1895.2.72 ; Douai, 16 juin 1897, *Gaz. Pal.*, 1897.2.321 ; Paris, 27 juin 1900, *La loi*, 3 juill. 1900, et, sur pourvoi, Crim. rej., 26 janv. 1901, D. P. 1904.1.157, S. 1903.1.104 (charretiers) ; Rouen, 18 nov. 1905, *Gaz. Pal.*, 1905.2.631, et, sur pourvoi, Req., 6 août 1907, D. P. 1910.1.524, *Rev. crit.*, 1909.139, avec les observations de M. Ripert (soldats à la disposition d'une société de tir) ; Tr. civ. Seine, 6 févr. 1907, *Gaz. Trib.*, 1907, 2^e sem., 2.141 (chauffeur : responsabilité du client) ; Civ. rej., 27 nov. 1911, D. P. 1915.1.60 (ouvriers fournis par le bailleur au locataire d'un moulin) ; Tr. comm. Havre, 5 mai 1915, *Gaz. Trib.*, 1915.2.587 (charretier, responsabilité du tiers envers le patron habituel) ; Tr. civ. Boulogne-sur-Mer, 21 juill. 1916, *Gaz. Trib.*, 1916.2.247, *Rev. trim.*, 1917.132 (conducteur de camion) ; Civ. cass., 8 mars 1922, D. P. 1925.1.134, S. 1923.1.115 (charretier) ; Civ. cass., 13 févr. 1924, D. P. 1925.1.134 ; S. 1924.1.246 (mécanicien conduisant une grue) ; Pau, 22 févr. 1924, *Gaz. Pal.*, 1924.1.625 (chauffeur), cassé

commerce met à la disposition des usagers d'un port les mécaniciens chargés de conduire les grues qui leur sont louées, un arrêté préfectoral précise que le mécanicien est placé sous les ordres de l'usager : à celui-ci, seul, doit donc être attribuée la qualité de commettant.

Le plus souvent, au contraire, le préposé est soumis, à la fois, à l'autorité des deux personnes qui, à des titres divers, l'ont à leur service. Mais toutes deux ne possèdent pas les mêmes droits, et celui notamment de lui donner des instructions de la même nature. Il n'y a pas cumul de deux autorités, générateur d'anarchie, mais partage d'une autorité jusqu'à unique, concentrée tout entière entre les mains du patron habituel, et qui se démembre en deux droits différents, correspondant chacun à un domaine différent de l'activité du préposé (1). Cette activité, c'est le point essentiel à retenir, n'est pas une ; ce n'est pas à dire que le préposé remplisse des fonctions elles aussi différentes, se succédant par exemple dans le temps, car il n'y aurait pas alors de question, mais qu'un travail unique, dès qu'il atteint un certain degré de spécialisation, comporte une complexité d'efforts se pénétrant d'ailleurs réciproquement.

L'exemple d'élection reste celui du chauffeur. Ce qui concerne les courses à effectuer, l'itinéraire à suivre, l'horaire à observer, se distingue très nettement de ce qui a trait à la conduite même de la voiture, envisagée dans ses procédés techniques. On conçoit que, suivant les cas, il soit soumis

par Crim., 22 nov. 1924, *Gaz. Pal.*, 1925.1.253, *Rev. trim.*, 1925.104 ; Bordeaux, 18 janv. 1926, *Gaz. Pal.*, 1926.1.384 ; Civ. cass., 19 janv. 1927, D. P. 1928.1.17, note Savatier, S. 1927.1.189 ; Civ. cass., 27 mars 1928, *Gaz. Pal.*, 1928.2.6 ; Civ. rej., 4 avr. 1928, *Gaz. Pal.*, 1928.2.8 (ces quatre derniers arrêts relatifs à la situation du mécanicien conduisant une grue) ; Civ. rej., 30 déc. 1931, D. H. 1932.83, S. 1932.1.62, *Rev. trim.*, 1932.421 (chauffeur).

Voy. sur l'ensemble des arrêts ayant statué en ce sens : SAVATIER, D. P. 1928.1.18, col. 2.

(1) En ce sens : HAURIU, note S. 1893.3.113 ; PLANIOL, note D. P. 1892.2.465. Voy. aussi le jugement, très fortement motivé, de Tr. civ. Narbonne, 8 janv. 1913, D. P. 1914.2.29, *Rev. trim.*, 1913.617.

aux ordres de l'un ou de l'autre de ceux qui l'emploient. Il est naturel qu'il doive suivre les instructions du patron occasionnel, non seulement pour les courses à effectuer, mais pour ce qu'on pourrait appeler les modalités de cette course, qui sont précisément l'itinéraire et l'horaire ; pour ce qui est technique, au contraire, il n'est pas contradictoire d'admettre que le garagiste au service de qui il travaille de façon permanente ait conservé tous ses droits. L'autorité qui s'exerce sur lui se divisant ainsi pour appartenir à deux titulaires dont les droits se touchent sans se confondre, sa personnalité se divise également (1). Dans son activité technique, il reste le préposé du commettant d'habitude ; dans son activité générale, il devient celui du commettant d'occasion. L'un et l'autre, en effet, ont respectivement qualité pour lui tracer, chacun dans un domaine distinct, la tâche qu'il doit accomplir, tant en ce qui concerne le but à atteindre que les moyens à employer ; par suite, ils jouissent des deux prérogatives auxquelles est attachée la qualité de commettant. L'incidence de la responsabilité variera donc suivant la nature de la faute commise. Ainsi disparaît l'anomalie qu'il semblait y avoir, se fondant sur l'autorité, à ne pas se prononcer dans tous les cas, — ni même dans la majorité d'entre eux, car la faute technique est la source la plus fréquente de dommages —, dans le sens de la responsabilité de l'employeur occasionnel.

Adopté par une jurisprudence nombreuse (2), ce système de

(1) Tr. civ. Narbonne, 8 janv. 1913, précité.

(2) Tr. civ. Saint-Sever, 29 juin 1899, *Gaz. Pal.*, 1899.2.212 (cocher) ; Pau, 30 janv. 1901, S. 1902.2.13 (impossibilité pour une compagnie de chemins de fer de renoncer, au profit d'un entrepreneur, à son droit de direction sur les voies d'exploitation : la renonciation n'est possible que sur la voie de travaux) ; Tr. corr. Seine, 23 févr. 1905, *Gaz. Trib.*, 1905, 2^e sem., 2.305 ; Tr. corr. Versailles, 12 déc. 1908, *Gaz. Trib.*, 1909, 1^{er} sem., 2.276 ; Req., 7 nov. 1910, D. P. 1912.1.323, S. 1911.1.87, *Rev. crit.*, 1911.145, avec les observations de M. Ripert ; Bourges, 5 déc. 1910, S. 1911.2.16 ; Tr. corr. Fontainebleau, 17 nov. 1911, D. P. 1913.2.152, *Rev. trim.*, 1913.805, *Rev. crit.*, 1914.220, avec les observations de M. Ripert ; Tr. civ. Narbonne, 8 janv. 1913, D. P. 1914.2.29, *Rev. trim.*, 1913.617 ; Tr. corr. Evreux, 27 nov. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913.2.673 (chauffeurs) ; Crim. rej., 1^{er} déc. 1916, D. P.

la division de l'autorité a été consacré, en particulier, par un arrêt formel de la Chambre criminelle du 22 novembre 1924. Un frère avait mis, pour un assez long délai, sa voiture et les services de son chauffeur à la disposition de sa sœur. La Cour de Pau (1) ayant considéré celle-ci comme responsable parce qu'elle « disposait momentanément du chauffeur comme d'un homme à son service », sa décision a été cassée par la Chambre criminelle qui a statué dans les termes suivants : « en ne précisant pas *la nature des ordres* que la demoiselle Bloch pouvait donner au chauffeur, et en ne recherchant pas l'influence que ces ordres pouvaient avoir sur la faute commise par celui-ci dans la conduite de la voiture, l'arrêt n'a pas justifié d'une façon suffisante le déplacement de la responsabilité civile » (2).

Il n'existe aucune contradiction entre ce groupe d'arrêts et ceux qui ont décidé que le droit de direction appartenait exclusivement au commettant d'occasion (3). Il est, en effet, des circonstances où ne se produit pas la division de l'autorité, source du partage des responsabilités. La Cour de cassation peut donc légitimement casser, à la fois, les décisions qui refusent, sans examen, d'admettre la possibilité de ce partage et celles qui l'admettent, au contraire, à tort, en dépit d'un accord certain et non simulé sur le transfert intégral du droit de commandement (4). Le principe n'est pas que l'autorité se démembre nécessairement, mais que, *lorsqu'elle se démembre*, il en résulte obligatoirement un démembrement

1917.1.119, *Rev. trim.*, 1918.111 (employé d'une compagnie de chemins de fer à la disposition de l'autorité militaire) ; Rouen, 4 mars 1921, *Gaz. Trib.*, 1921.2.472 ; Tr. civ. Bourg, 18 mars 1924, *La Loi*, 20 juin 1924 (chauffeurs) ; Req., 7 avr. 1924, D. H. 1924.373 (soldats mis à la disposition d'une compagnie de chemins de fer) ; Crim. cass., 22 nov. 1924, *Gaz. Pal.*, 1925.1.253 ; Angers, 26 mai 1925, D. H. 1925.522 ; Civ. cass., 15 juin 1926, D. H. 1926.404, S. 1926.1.249, note Esmein ; Crim. rej., 21 oct. 1926, D. H. 1926.498 (chauffeurs). Cpr. Caen, 17 juill. 1924, *Gaz. Pal.*, 1924.2.706.

(1) Pau, 22 févr. 1924, *Gaz. Pal.*, 1924.1.625.

(2) Crim. cass., 22 nov. 1924, précité.

(3) Voy. les arrêts cités *supra*, p. 298, note 1.

(4) *Contra* : SAVATIER, note D. P. 1928.1.20, col. 2.

corrélatif de la qualité de commettant : l'effet de droit ne se produit que si la condition de fait est remplie. Mais, lorsque la question est soulevée devant eux, les Tribunaux ne peuvent se refuser à examiner si cette dissociation s'est opérée. Qu'ils en reconnaissent ou non l'existence, ils doivent préciser les éléments concrets sur lesquels ils se fondent. C'est par là que s'explique la fréquence des arrêts de cassation en une matière où il s'agit pourtant d'interpréter les conventions intervenues entre les deux employeurs quant à l'attribution du droit de direction : il y a cassation soit pour défaut de motifs, dénaturation des conventions ou violation des dispositions légales ou réglementaires fixant impérativement le titulaire de l'autorité, soit pour méconnaissance des conditions auxquelles est subordonné le déplacement du lien de préposition (1). C'est d'ailleurs en cette matière du transfert de l'autorité à un commettant d'occasion que la Cour suprême exerce le plus sévèrement et le plus judicieusement son contrôle.

Cependant, un manque de netteté peut encore être reproché à une partie de la jurisprudence. Parmi les décisions qui considèrent la responsabilité du patron occasionnel comme seule susceptible d'être engagée, certaines ne semblent pas imposées par les circonstances de fait, qui rendraient, au contraire, vraisemblable le partage du droit de direction. Mais une dernière remarque peut éclairer, sur ce point, l'analyse des arrêts. L'idée d'autorité, réduite à elle-même, conduit, nous l'avons vu, à attribuer la qualité de commettant au patron temporaire, car le droit de commandement exclusif du patron habituel méconnaîtrait, le plus souvent, les données de la réalité économique (2). Celui qui cesse momentanément d'utiliser à titre personnel les services de son préposé est présumé avoir renoncé à le diriger (3). Le principe est donc celui du transfert de l'autorité à l'employeur occasionnel. La qualité

(1) Cpr. DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, thèse Paris, 1931, n° 118.

(2) *Supra*, p. 297.

(3) *Contra* : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 649 *in fine* (implicite).

de commettant lui appartient normalement ; elle doit lui être reconnue à défaut de la preuve, apportée par lui, d'un droit de direction conservé par son cocontractant.

Il résulte de là que les précisions données par les arrêts peuvent varier suivant la solution que la nature de la faute les conduit à adopter. La responsabilité du commettant d'occasion constituant la *règle*, il suffit, pour statuer en ce sens, de se fonder sans distinction sur le critère de l'autorité. Il n'est pas besoin de préciser que, pour une faute différente, la responsabilité pourrait être encourue par l'autre employeur ; aussi les motifs dépassent-ils alors la portée du dispositif. Au contraire, la responsabilité du commettant d'habitude est une *exception* justifiée dans le seul cas où il n'y a pas eu transfert du droit de direction. Or, ce droit n'ayant pu, dans les situations les plus nombreuses, être entièrement conservé, il est indispensable de déterminer la part qui en a été retenue et, pour cela, de reconnaître en termes exprès la division de l'autorité.

Telle est bien la conclusion qui se dégage de l'examen des solutions concrètes données par la jurisprudence. Lorsque la division de l'autorité est invoquée, elle aboutit uniformément, sur le terrain pratique, à la responsabilité du commettant d'habitude (1). Ce n'est pas que ce soit une conséquence nécessaire de la thèse formulée, mais celle-ci est passée sous silence dans le cas opposé. Plus fine et plus nuancée, elle gagnerait à être clairement exprimée, même lorsqu'on n'en tire pas de conséquences immédiates.

ment) et la plupart des auteurs pour qui la responsabilité pèse, *en principe*, sur le patron habituel.

Contrairement à cette présomption d'autorité du commettant d'habitude, la présomption de garde également reconnue contre le propriétaire d'une chose inanimée (H. et L. MAZEAUD, I, n° 1163) nous paraît légitime : autant il est naturel qu'on renonce à diriger momentanément un préposé, autant il est anormal qu'on abdique toute surveillance sur une chose dont on est propriétaire.

(1) Voy. les arrêts cités *supra*, p. 300, note 2.

A cette analyse fondée sur la division du droit de direction, qui traduit très exactement la réalité, un triple reproche a été cependant adressé (1). Elle oblige, dit-on, à apprécier la compétence technique de l'emprunteur pour savoir si l'autorité a pu lui être transmise sans réserve. Lorsqu'elle fait reconnaître la responsabilité du prêteur, elle est contradictoire avec elle-même, l'éloignement où il se trouve ne lui permettant pas de diriger le préposé. Elle conduit, enfin, à rechercher si une faute personnelle a été commise par l'un des deux commettants. On reconnaît ici des objections déjà rencontrées dans la première partie de ce travail et qui déforment, par un exposé tendancieux, le critère de l'autorité. Il suffit donc d'en reprendre brièvement l'examen sous cet aspect nouveau.

Quant au premier point, s'il est exact que certaines décisions notent l'incompétence de l'employeur occasionnel (2), d'autres lui déniaient tout droit d'immixtion technique sans tenir compte de cet élément (3). Lorsque son défaut de connaissances est constaté, il n'est donc pas relevé en lui-même, mais comme signe qu'une autorité entière ne lui a pas été transmise : ce qu'on en tire est, avant tout, une très raisonnable présomption de fait (4). Mais la division de la responsabilité n'est pas limitée à ce seul cas d'incompétence. Ainsi, le client qui loue à un garagiste les services d'un chauffeur n'acquiert pas sur celui-ci l'autorité technique, même s'il pos-

(1) DALLANT, p. 128-129 et note D. P. 1931.1.173, col. 2. *Addé*, sur le second point, SAVATIER, note D. P. 1928.1.19, col. 2.

(2) Req., 7 nov. 1910, D. P. 1912.1.323 ; S. 1911.1.87, *Rev. crit.*, 1911.145, avec les observations de M. Ripert ; Tr. civ. Narbonne, 8 janv. 1913, D. P. 1914.2.29, *Rev. trim.*, 1913.617 ; Rouen, 4 mars 1921, *Gaz. Trib.*, 1921.2.472.

(3) Tr. corr. Versailles, 12 déc. 1908, *Gaz. Trib.*, 1909, 1^{er} sem., 2.276 ; Bourges, 5 déc. 1910, S. 1911.2.16 ; Tr. corr. Evreux, 27 nov. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913.2.673 ; Req., 7 avr. 1924, D. H. 1924.373 ; Angers, 26 mai 1925, D. H. 1925.522.

(4) Cpr. P. ESMEIN, note *in fine*, S. 1926.1.249, sous Civ. cass., 15 juin 1926.

sède le permis de conduire; le garagiste n'a pas entendu abdiquer son droit de commandement entre les mains d'un tiers dont les qualités personnelles, en dépit d'une compétence officiellement affirmée, lui sont inconnues. D'autre part, on ne se préoccupe jamais des connaissances propres du commettant d'habitude, qui serait parfois incapable de remplir la mission pour laquelle il a désigné le préposé.

La question ne se résout donc pas par une recherche de compétence technique, puisque celle-ci peut, soit appartenir également, soit faire également défaut, aux deux patrons. Aussi le principe général de l'inutilité de cette compétence en la personne du commettant ne s'oppose-t-il pas à ce qu'on admette la division possible de l'autorité (1).

L'objection tirée de l'éloignement du commettant d'habitude est plus facile encore à écarter. Sans doute, le commettant ne peut-il exercer une surveillance de chaque instant sur un préposé qui a nécessairement cessé d'agir près de lui; mais la situation n'est pas spéciale au cas où le préposé a été mis à la disposition d'autrui. Des instructions données au moment du départ sont une marque suffisante d'autorité (2).

La nécessité, qu'elle entraîne, de déterminer les causes du dommage et la nature de la faute du préposé ne saurait donner lieu à une critique plus valable contre la construction jurisprudentielle. Elle ne conduit pas, en effet, à la recherche de la responsabilité personnelle pouvant peser, en vertu de l'article 1382, sur l'un des titulaires de l'autorité. Il n'est pas question d'apprécier la répercussion concrète des instructions données au préposé sur la faute commise par lui, mais seulement de savoir à quelle *catégorie* d'actes se rattache cette faute et à l'autorité de quel commettant son auteur était soumis dans le domaine correspondant de son activité. Par exemple,

(1) *Contra* : DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, thèse Paris, 1931, n° 107, p. 273.

(2) En ce sens : Angers, 25 janv. 1892. D. P. 1892.2.465 ; PLANIOL, note sous cet arrêt. — Voy. aussi *supra*, Première partie, II, chapitre I, section II, § 1, p. 154-156.

le chauffeur suit un parcours dangereux, au cours duquel il cause un dommage, uni, par hypothèse, à la faute dans le choix de l'itinéraire par le lien de causalité nécessaire à la naissance d'une action en responsabilité; son patron temporaire est tenu de réparer ce dommage s'il avait le droit de fixer l'itinéraire, alors même qu'en l'espèce il n'aurait pas exercé son droit ou que ses ordres auraient été méconnus.

Aucune des objections adressées au système de la division de l'autorité n'étant fondée, il convient de le maintenir et d'approuver, dans ses lignes générales, la jurisprudence qui l'adopte. Mais, en dehors des hypothèses courantes, seules étudiées jusqu'ici, des difficultés plus particulières restent à résoudre, que soulèvent certaines situations dont la pratique est susceptible de révéler des exemples.

Si, en effet, l'application du critère de l'autorité au problème du transfert de la qualité de commettant nécessite déjà une analyse nuancée et des distinctions parfois délicates lorsqu'elle ne conduit qu'à déterminer le titulaire du droit de direction, elle pose une question plus complexe encore lorsqu'un conflit apparaît entre l'autorité de droit appartenant à l'un des employeurs et l'autorité de fait exercée par l'autre.

*
* * *

La contradiction entre l'autorité de droit et l'autorité de fait est de nature à se rencontrer dans deux situations différentes.

En premier lieu, lorsque le préposé se met spontanément à la disposition d'un tiers, son patron habituel, ne lui ayant donné ni l'ordre ni l'autorisation d'agir ainsi, conserve juridiquement sur lui l'intégralité de ses droits; mais, en fait, c'est au contraire le tiers qui, par hypothèse, dirige momentanément son activité.

Il peut arriver, d'autre part, dans la situation normale où il intervient une convention entre les deux employeurs, que

celle-ci maintienne ou accorde le droit de direction à l'un d'entre eux, mais qu'elle soit contredite par la pratique suivie, que le préposé se conforme, dans la réalité, aux instructions qu'il reçoit de l'autre.

Le lien de droit et l'état de fait sont, l'un et l'autre, générateurs des rapports de commettant à préposé (1) ; on se trouve donc, en pareil cas, en présence de deux éléments contradictoires. Dès lors, trois solutions sont, *a priori*, possibles : qualifier commettant celui-là seul qui est en droit de donner des ordres au préposé, — ne retenir, au contraire, que la responsabilité du titulaire de l'autorité de fait, — attribuer, enfin, la qualité de commettant aux deux employeurs à la fois, et admettre exceptionnellement une responsabilité solidaire.

C'est cette dernière solution qui doit être adoptée. Les conditions d'application de l'article 1384 § 5 sont réunies à l'égard du commettant d'habitude comme du commettant d'occasion et l'idée d'équivalence du fait et du droit conduit à reconnaître à chacun de ces éléments la même influence.

Si tel est le principe directeur, il est nécessaire d'en préciser la portée. Il ne peut s'appliquer indistinctement aux deux hypothèses où existe l'opposition entre le fait et le droit ; il se trouve, en effet, paralysé, dans l'une d'entre elles, par l'intervention d'une notion différente.

Lorsque le préposé se soumet, de son propre mouvement, aux instructions du tiers, il cesse, comme tel, d'agir, vis-à-vis du commettant d'habitude, dans l'exercice de ses fonctions. Par suite, celui-ci, malgré le droit de direction qu'il conserve, ne saurait encourir aucune responsabilité. L'élément de droit ne pouvant être pris en considération, l'employeur occasionnel acquiert seul la qualité de commettant par l'autorité qu'il exerce en fait.

On ne pourrait admettre le maintien de la responsabilité de l'employeur habituel que dans une situation exception-

(1) *Supra*, Première partie, II, chapitre II, p. 197 s.

nelle, par application de l'idée d'abus de fonctions. On décide le plus souvent, en effet, que le préposé engage la responsabilité de son commettant par les fautes qu'il commet, non seulement dans l'exercice, mais aussi dans l'*abus* de ses fonctions (1). Or, la soumission volontaire du préposé au commettant d'occasion se produit parfois pour un acte se rapprochant, par sa nature, de ceux qu'il est chargé d'accomplir ; il lui rend un service supplémentaire, mais un service du même ordre : tel, dans une gare, le porteur qui, au lieu de transporter les bagages d'un voyageur, se charge, en outre, de les garder. Il serait alors possible de condamner le commettant d'habitude pour la faute commise dans cet abus de fonctions. Mais cette solution n'est pas légitime au regard de ceux qui n'acceptent pas la notion extensive de l'exercice des fonctions. Si l'on adopte, sur ce point, une théorie restrictive, — et c'est l'opinion à laquelle nous nous rallierons (2) —, on doit, lorsque le préposé s'est soumis à ses ordres de son propre mouvement, se prononcer sans exception pour la responsabilité exclusive du commettant occasionnel.

Dans le cas, au contraire, où le conflit résulte de ce que le droit de direction appartient, d'après la convention, à l'un des employeurs alors que l'autre l'exerce en fait, rien ne s'oppose à l'application du principe de la responsabilité solidaire.

Dans une hypothèse particulière, cependant, l'hésitation semblerait, au premier abord, être encore permise. Il n'y a pas toujours conflit ou opposition véritables entre le fait et le droit. La convention peut, en effet, présenter un caractère simulé ; elle peut avoir été modifiée par un acte secret attribuant réellement l'autorité de droit à l'employeur dont on constate ensuite qu'il dirige, en fait, le préposé. Dès lors, la qualité de commettant ne devrait-elle pas être reconnue à celui-là seul qui réunit, en sa personne, les deux prérogatives de fait et de droit ?

(1) Sur ce point voy. *infra*, chapitre II, section I, p. 323 s.

(2) *Infra*, chapitre II, section I, p. 341 s.

Cette objection serait purement superficielle et les principes de la simulation conduisent à l'écartier. L'acte secret ne peut être opposé au tiers ; par suite, il existe, à leur égard, une contradiction réelle entre le fait et le droit. Ils pourront poursuivre l'un des employeurs sur la base de l'acte ostensible, invoqué par eux comme générateur du lien de préposition. Ils pourront, de même, demander indemnité à l'autre sur la base de l'état de fait constaté. La responsabilité solidaire devra donc être admise, même dans le cas de simulation.

Mais cette responsabilité n'existe, bien entendu, que vis-à-vis de la victime. Dans les rapports entre les deux responsables, la charge définitive de l'indemnisation pèsera sur le titulaire de l'autorité de fait. En effet, s'il y a eu simulation, l'acte secret qui lui accordait le droit de direction doit produire effet entre les parties. Dans le cas contraire, il dirigeait indûment le préposé en violation du droit qu'il avait reconnu à son cocontractant ; il se rendait ainsi coupable, vis-à-vis de celui-ci, d'une faute dont les suites doivent demeurer à sa charge.

Telles sont les conséquences qui découlent de l'application logique du critère de l'autorité. Cette notion conduit, en effet, de façon nécessaire, à placer les deux éléments de fait et de droit sur le même plan ; la prééminence qui serait reconnue à l'un sur l'autre contredirait la définition que l'analyse a permis d'en dégager.

Ces solutions étant ainsi justifiées du point de vue doctrinal, il conviendrait de rechercher si elles sont adoptées par la jurisprudence. Mais cette recherche se révèle infructueuse. La très grande majorité des arrêts se prononcent, sans doute, dans le sens de la responsabilité du commettant d'occasion lorsque le préposé s'est mis spontanément à sa disposition (1). Mais ils

(1) Req., 1^{er} juin 1874, D. P. 1874.1.385, S. 1874.1.484 ; Tr. civ. Seine, 24 déc. 1900, *Le Droit*, 21 février 1901 ; Tr. civ. Seine, 21 nov. 1906, *Gaz. Trib.* 1907, 1^{er} sem., 2.154 ; Tr. Paix Paris, XIV, 19 déc. 1923, *Gaz. Pal.*, 1924.1.328 *Adde* : Tr. civ. Seine, 3 nov. 1905, *Gaz. Trib.*, 1906, 1^{er} sem.,

lui reconnaissent, au lieu d'une autorité de fait, un véritable droit de commandement, et c'est là une affirmation certainement inexacte. D'autre part, ils ignorent le second cas de conflit entre le fait et le droit, celui qui résulte d'une contradiction entre les clauses d'une convention et la pratique observée dans la réalité. Il semble pourtant impossible, que, dans la complexité des espèces, ce problème ne se soit jamais posé. Mais les Tribunaux, ne connaissant, dans leurs formules, que le droit et voulant tout ramener à ce seul élément, éludent vraisemblablement les hypothèses où se rencontre une telle opposition.

Ici encore, se manifestent des conséquences nouvelles d'une lacune déjà signalée : n'ayant pas de position fermement arrêtée sur le rôle de la subordination de fait, la jurisprudence ne peut résoudre nettement toutes les difficultés que soulève le transfert de la qualité de commettant.

Toutefois, le cas où le fait s'oppose ainsi au droit reste exceptionnel ; l'application des seuls principes de l'autorité de droit demeure donc légitime dans les situations habituelles. Aussi convient-il d'examiner, d'un point de vue concret, les solutions pratiques les plus intéressantes auxquelles ils conduisent.

* * *

Les directives fondées sur la substitution, tantôt complète, tantôt partielle des droits du commettant d'occasion à ceux du commettant d'habitude, d'où résulte, au second cas, la nécessité de fixer les limites de chaque autorité, ne permettent évidemment pas de dire *a priori* sur qui pèsera, dans telle circonstance, la responsabilité civile ; toutes les combinaisons sont possibles, comme le notait déjà Planiol (1). A la lumière des arrêts, en examinant les circonstances de fait dans lesquelles ils sont intervenus et en tenant compte de l'aspect sous lequel se présentent habi-

2.225 et 23 février 1925, *Gaz. Trib.*, 1925.2.637. *Contra* : Nancy, 5 déc. 1896, D. P. 1897.2.154, 2^e espèce (responsabilité solidaire).

(1) PLANIOL, note D. P. 1892.2.465.

tuellement les litiges, on peut néanmoins indiquer les solutions dominantes et, de la multiplicité des espèces, dégager quelques moyennes (1).

On note, d'abord, une opposition nette entre le cas où un entrepreneur loue les services de son préposé à un autre entrepreneur et celui où il les cède à un particulier ; pour imprécise que soit juridiquement cette terminologie, elle reste assez évocatrice des réalités économiques. Or, tandis que les solutions

(1) A titre indicatif, nous classons ici, selon les espèces les plus fréquentes, la jurisprudence analysée jusqu'ici d'après les principes.

1° *Chauffeur* fourni par un garagiste ou un constructeur d'automobiles. Responsabilité du patron *habituel* : Tr. corr. Seine, 22 févr. 1905, *Gaz. Trib.*, 1905, 1^{er} sem., 2.67 ; Tr. corr. Seine, 23 févr. 1905, *Gaz. Trib.*, 1905, 2^e sem., 2.305 ; Crim. rej., 3 avr. 1908, S. 1909.1.423 ; Tr. corr. Versailles, 12 déc. 1908, *Gaz. Trib.*, 1909, 1^{er} sem., 2.276 ; Req., 7 nov. 1910, D. P. 1912.1.323 ; Bourges 5 déc. 1910, S. 1911.2.16 ; Tr. civ. Narbonne, 8 janv. 1913, D. P. 1914.2.29 ; Tr. corr. Evreux, 27 nov. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913.2.673 ; Tr. corr. Lille, 2 déc. 1920 et, sur appel, Douai, 25 févr. 1921, *Gaz. Pal.*, 1921.1.585 ; Rouen, 4 mars 1921, *Gaz. Trib.*, 1921.2.472 ; Tr. civ. Bourg, 18 mars 1924, *La Loi*, 20 juin 1924 ; Crim. rej., 21 oct. 1926, D. H. 1926.498 ; Douai, 27 févr. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.1.811. *Contra* : Tr. civ. Seine, 6 févr. 1907, *Gaz. Trib.*, 1907, 2^e sem., 2.141. Même solution (patron *habituel*) pour le chauffeur fourni par un particulier à un particulier : Tr. corr. Fontainebleau, 17 nov. 1911, D. P. 1913.2.152 ; Crim. cass., 22 nov. 1924, *Gaz. Pal.*, 1925.1.253 ; Civ. cass., 15 juin 1926, D. H. 1926.404 ; *Contra* : Civ. rej., 30 déc. 1931, D. H. 1932.83.

2° *Mécanicien conduisant une grue* fournie par une Chambre de commerce ou une Compagnie de Chemins de fer : responsabilité du patron *occasionnel* (jurisprudence unanime) ; Poitiers, 19 mars 1888, D. P. 1888.2.310 ; Aix, 10 mars 1892, *Gaz. Pal.*, 1893.2.716 (1^{re} espèce) ; Poitiers, 30 nov. 1903, *Gaz. Pal.*, 1904.1.148 ; Civ. cass., 13 févr. 1924, D. P. 1925.1.134 ; Bordeaux, 18 janv. 1926, *Gaz. Pal.*, 1926.1.384 ; Civ. cass., 19 janv. 1927, D. P. 1928.1.17, note Savatier ; Civ. cass., 27 mars 1928, *Gaz. Pal.*, 1928.2.6 ; Civ. rej., 4 avr. 1928, *Gaz. Pal.*, 1928.2.8.

3° *Cochers et charretiers : solutions variables*. Responsabilité du patron *habituel* : Tr. civ. Saint-Sever, 29 juin 1899, *Gaz. Pal.*, 1899.2.212 ; Crim. rej., 8 mai 1908, D. P. 1909.1.135 ; Tr. civ. Boulogne-sur-Mer, 20 oct. 1922, *Gaz. Pal.*, 1922.2.684 ; Responsabilité du patron *occasionnel* : Douai, 14 mars 1879, D. P. 1880.2.43 ; Douai, 5 mars 1895, *Gaz. Pal.*, 1895.2.72 ; Paris, 27 juin 1900, *La Loi*, 3 juill. 1900 et, sur pourvoi, Crim. rej., 26 janv. 1901, D. P. 1904.1.157 ; Trib. comm. Havre, 5 mai 1915, *Gaz. Trib.*, 1915.2.587 ; Civ. cass., 8 mars 1922, D. P. 1925.1.134.

4° *Agents des Compagnies de Chemins de fer* : responsabilité de la com-

sont essentiellement variables dans la première hypothèse, la jurisprudence est presque unanime à condamner le patron habituel dont le préposé agit temporairement pour le compte d'un particulier. Telle est spécialement la solution donnée lorsqu'un garagiste met un chauffeur à la disposition d'un client (1).

D'un point de vue différent, M. Savatier observe, dans un remarquable exposé (2), que tantôt le patron habituel ne prête que son préposé, tantôt, au contraire, il fournit en même temps un matériel dont le préposé a précisément pour rôle d'assurer le fonctionnement : mécanicien conduisant une grue, — chauffeur d'automobile, — équipage d'un navire.

Dans la première situation, il abdique normalement son autorité. Il est plus rare qu'il renonce entièrement à diriger un ouvrier placé à la tête d'un matériel dont le mode d'utilisation importe au plus haut degré à ses intérêts. Dans ce cas, on pourrait relever l'intervention de quatre considérations de fait, reliées les unes aux autres. La responsabilité du commettant originaire s'impose avec d'autant plus de certitude que le prêt est plus profitable pour lui, le matériel plus important et le caractère technique des fonctions du préposé plus accentué. La longue durée du prêt, entraînant des relations étroites entre le commettant d'occasion et le préposé, en ce qui concerne notamment le paiement des salaires, tendrait,

pagnie, employeur *habituel* : Paris, 3 févr. 1874, D. P. 1874.2.240 ; Poitiers, 30 juill. 1888, *Lg. Loi*, 7-8 août 1888 ; Civ. rej., 16 févr. 1898, D. P. 1898.1.168 ; Pau, 30 janv. 1901, S. 1902.2.13 ; Crim. rej., 1^{er} déc. 1916, D. P. 1917.1.119.

5^a *Soldats* mis à la disposition d'un tiers : *solutions variables*, Irresponsabilité des organisateurs d'un bal : Req., 5 févr. 1828 *Jur. gén.* v^o *responsabilité* n^o 614 note 1 ; d'une Compagnie de chemins de fer : Req., 7 avr. 1924, D. H. 1924.373. Responsabilité d'un propriétaire de navire : Req., 24 janv. 1923, D. P. 1923.1.55 ; d'une Société de tir : Rouen, 18 nov. 1905, *Gaz. Pal.*, 1905.2.631 et, sur pourvoi, Req., 6 août 1907, D. P. 1910.1.524.

(1) Voy. l'examen de la jurisprudence sous cet angle par DALLANT, p. 114-134.

(2) SAVATIER, note D. P. 1928.1.17 (p. 19, col. 1, II). Ces éléments, dont nous empruntons la description à M. Savatier, ne représentent pas pour lui des indices de l'autorité, de la convention des parties.

au contraire, à modifier l'incidence de la responsabilité.

L'influence de ces éléments est indéniable et l'on peut, en les prenant comme base, systématiser un assez grand nombre de solutions concrètes. Mais ils ne sauraient rendre compte de toute la jurisprudence. Par exemple, la responsabilité du garagiste est engagée sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il louait une voiture ou si le chauffeur conduisait celle du client. De plus, les solutions qui paraîtraient normales se trouvent parfois modifiées par des dispositions législatives ou réglementaires qui, tantôt obligent le commettant d'habitude à conserver la maîtrise de l'activité du préposé, tantôt obligent, à l'inverse, le commettant d'occasion à le diriger seul (1). Ainsi, les Compagnies de chemin de fer ne sont pas autorisées à abandonner leur contrôle en ce qui concerne la sécurité de la circulation (2) ; ainsi, en sens inverse, l'entrepreneur de déchargement prend obligatoirement sous ses ordres le mécanicien conduisant la grue qu'une Chambre de commerce met à sa disposition. Ce dernier exemple est particulièrement probant : matériel important fourni au tiers, — difficultés techniques de sa conduite, — incompétence, en général, de l'emprunteur : tout concourt, à première vue, et avec plus de certitude encore que pour le chauffeur, à écarter la responsabilité du patron occasionnel. C'est cependant sur lui qu'elle pèse parce qu'il est seul investi du droit de commandement (3).

La contradiction parfois signalée entre cette solution et celles qui sont adoptées dans des situations voisines présentant les mêmes apparences extérieures démontre le caractère purement subsidiaire des éléments de fait qui viennent d'être analysés. Ils n'ont qu'un rôle probatoire, et l'on retrouve ici le mécanisme déjà décrit du déplacement de la preuve. Par exemple, au cas de prêt ou de location d'un matériel important et d'une conduite difficile, il est normal que le com-

(1) Voy. sur ce point : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 649 *in fine* ; DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, thèse Paris, 1931, n° 108.

(2) Pau, 30 janv. 1901, S. 1902.2.13.

(3) Voy. les arrêts cités *supra*, p. 311, note 1 sous la rubrique 2°.

mettant habituel se réserve au moins le droit de direction technique. La fourniture de ce matériel permet donc de *présumer* le maintien, à son profit, d'une large part d'autorité. Un raisonnement analogue vaut pour chacune des considérations susceptibles d'intervenir dans la solution des litiges relatifs au transfert de la qualité de commettant.

Parmi ces diverses considérations, on remarquera, en particulier, la part qui peut être faite à l'idée de profit. Il est, en effet, des circonstances où la responsabilité pèse certainement sur celle des deux parties qui recueille le bénéfice principal des services du préposé. Tel est spécialement le cas lorsque, comme nous l'avons noté, on tient compte de la personnalité de l'emprunteur pour attribuer plus facilement la qualité de commettant à un entrepreneur qu'à un particulier. On conçoit ainsi que quelques auteurs aient pu penser que cette notion de profit représentait le principe de solution adopté par une partie de la jurisprudence (1). En réalité, il n'en est rien (2). Ici, comme dans la situation plus simple où les rapports de commettant à préposé, si l'existence en est admise, ne peuvent se former qu'entre deux personnes, on se trouve seulement en présence d'une difficulté d'interprétation lorsqu'on cherche à déterminer la portée exacte de décisions isolées. Le profit allant, le plus souvent, de pair avec l'autorité, rend l'existence de celle-ci vraisemblable ; une idée qui n'a pas de

(1) En ce sens : DALLANT, p. 115 s., qui se fonde d'ailleurs ensuite sur la convention des parties plutôt que sur cette notion de profit.

(2) Parmi les arrêts qu'on présente comme inspirés de l'idée de profit, un seul serait probant : Req., 24 janv. 1923, D. P. 1923.1.55, S. 1924.1.229 (travail exécuté *pour leur compte dans l'intérêt de leur entreprise commerciale*). Il représente, dans la jurisprudence, une discordance isolée. Les autres décisions ne voient là qu'un motif accessoire et n'ont pas la portée qu'on leur a parfois attribuée (*Contra* : DALLANT, p. 119 s.). Voy., par exemple : Angers, 25 janv. 1892, D. P. 1892.2.465, note Planiol, et, sur pourvoi, Civ. rej., 28 févr. 1894, D. P. 1894.1.264, S. 1894.1.271 ; Tr. corr. Evreux, 27 nov. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913.2.673 ; Angers, 26 mai 1925, D. H. 1925.522.

valeur en soi, quant au fond du droit, intervient cependant sur le terrain de la preuve (1).

Envisagée sous cet angle, l'influence du profit reste d'ailleurs très limitée. D'une part, en effet, lorsque le commettant habituel et le commettant occasionnel sont l'un et l'autre entrepreneurs, le bénéfice réalisé est le plus souvent égal pour chacun d'eux. La notion de profit ne peut alors intervenir en aucune manière (2). D'autre part, dans les cas exceptionnels où le bénéfice n'existe que pour l'un des employeurs, elle ne peut encore être utilement retenue que si la conclusion à laquelle elle paraît conduire n'est pas contredite par l'examen des autres éléments de fait, au premier rang desquels figure, on s'en souvient, le prêt ou la location d'un matériel conduit par le préposé (3).

De plus, alors même que l'ensemble de ces circonstances donne naissance à des présomptions concordantes, celles-ci ne peuvent jamais valoir contre une preuve directe du transfert de l'autorité. C'est là une conséquence du rôle subsidiaire que jouent, par définition, les éléments d'ordre exclusivement probatoire.

Si l'on détermine la charge de la responsabilité par le cri-

(1) Contrairement à l'idée de profit qui peut jouer ici un rôle probatoire, celle de choix semble devoir être entièrement écartée. De deux choses l'une, en effet : ou l'on donnerait de cette condition une interprétation stricte, et le commettant d'habitude serait toujours responsable; — ou l'on en donnerait une interprétation large, assimilant l'acceptation du préposé par le commettant d'occasion à un choix véritable, mais on se trouverait alors en face de deux éléments contradictoires, car le commettant d'habitude a, lui aussi, choisi ce préposé. Aussi les décisions qui invoquent ce critère pour résoudre le problème du transfert de la qualité de commettant n'en tirent-elles, pour la plupart, qu'un argument très subsidiaire (Voy. toutefois, Req., 5 févr. 1828, *Jur. gén.* v° *responsabilité*, n° 614, note 1, *Sir. chr.*; Paris, 3 févr. 1874, D. P. 1874.2.240; Douai, 25 févr. 1921, *Gaz. Pal.*, 1921.1.585).

(2) En ce sens : DEMOGUE, V, n° 909; BAGHAT, p. 130; P. ESMEIN, *Rev. crit.*, 1924, p. 199.

(3) *Supra*, p. 312.

tière général du lien de préposition, la notion d'autorité représente donc la seule condition de fond à retenir.

Mais on a contesté l'exactitude du principe selon lequel cette responsabilité doit peser de façon nécessaire sur celui des deux employeurs qui possède les prérogatives auxquelles est normalement attachée la qualité de commettant ; d'après une doctrine récente, l'incidence en pourrait être souverainement fixée par la volonté des parties.

SECTION II

Le rôle de la volonté des parties dans le transfert de la qualité de commettant.

Devant le caractère variable des solutions de la jurisprudence, et devant le défaut d'unité qu'elles présentent dans des situations paraissant au premier abord identiques, M. Savatier enseigne que l'autorité n'en constitue ni le critère unique, ni même le critère dominant (1) : c'est l'accord des parties qui déterminerait l'incidence de la responsabilité, accord révélé, le plus souvent, aux Tribunaux, par les éléments dont nous avons précédemment relevé l'intervention.

Observons d'abord que ce système ne saurait résoudre toutes les difficultés. Il n'est applicable que s'il y a contrat entre les deux employeurs et, pour n'être pas très fréquente, l'hypothèse de soumission spontanée du préposé aux ordres d'un tiers ne peut être négligée. Mais le principe en est surtout, juridiquement, très critiquable.

Dès qu'un individu remplit une fonction pour une personne déterminée et sous son autorité, il possède la qualité de préposé *vis-à-vis de cette personne*. La charge de la responsabilité qui en découle ne peut être déplacée par convention de façon opposable aux tiers. Il y aurait plus qu'une règle curieuse, comme

(1) SAVATIER, note D. P. 1928.1.20, col. 1 (III).

l'avoue déjà un défenseur de la théorie (1), à obliger ceux-ci au respect d'une convention occulte : c'est une solution inconciliable avec l'un des principes fondamentaux du droit, celui de l'effet relatif des contrats (2). Dans leurs rapports réciproques, l'engagement pris par l'un des employeurs de couvrir l'autre des conséquences des fautes du préposé serait, sans doute, pleinement valable ; mais la clause de substitution de responsabilité ne produit effet qu'*inter partes* (3).

Les partisans de cette thèse le sentent eux-mêmes et la condamnent par les restrictions qu'ils lui apportent. Les parties, disent-ils, ne peuvent faire peser la responsabilité que sur un véritable patron ayant la situation de commettant au point de vue économique et social ; elles ne peuvent en charger ni un ouvrier ni un assureur (4). C'est avouer que leur volonté n'est pas réellement souveraine.

La portée d'une telle restriction serait d'autant plus arbitraire que l'accord sur l'attribution des risques est rarement exprès et que, par suite, les Tribunaux devraient statuer par interprétation de volontés. Il ne sert à rien de dire que « cette interprétation ne peut être en désaccord avec l'idée de risque parce que celle-ci, forgée dans les notions les plus solides et les plus élevées de l'équité, s'imprime forcément dans l'esprit, que le juge doit chercher à pénétrer, de ceux qui contractent en ce sens » (5). Cette affirmation constitue, ou une pétition de principe, ou la reconnaissance du caractère nécessairement divinatoire de la recherche du juge. Privé de tout guide sûr, celui-ci se référerait aux principes généraux, aux critères habituels ; il analyserait la convention soit du point de vue du risque, soit du point de vue de l'autorité. Pour l'un, cette

(1) DALLANT, p. 133.

(2) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, p. 878, note 1 *in fine* ; DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, thèse Paris, 1931, n° 105.

(3) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *loc. cit.* et n° 409 ; DURAND, *loc. cit.* et n° 187.

(4) DALLANT, p. 133 ; SAVATIER, note précitée, D. P. 1928.1.20, col. 1.

(5) DALLANT, p. 132.

convention aurait entendu rendre responsable celui des deux employeurs à qui elle accorde le droit de direction. Pour l'autre, elle aurait entendu faire peser cette charge sur celui qui, par les conditions pécuniaires de l'opération, en recueille le bénéfice principal. La difficulté ne serait que reculée, mais l'examen de ces éléments, au lieu de se faire directement, serait désormais masqué sous le voile d'une analyse psychologique. Par là, le pouvoir souverain d'appréciation des juges, du fond, qui ne comporte pas de limites en l'absence d'une clause claire et précise (1), risquerait d'aboutir au subjectivisme le plus déconcertant.

La théorie de l'attribution conventionnelle des risques ne peut donc être acceptée, ni dans son principe, ni dans ses conséquences. Les volontés individuelles n'ont pas le pouvoir d'écarter une responsabilité imposée par la loi, sinon en se plaçant en dehors de sa portée d'application (2). L'influence de la convention demeure d'ailleurs certaine. Elle est normalement souveraine dans l'attribution du droit de commandement, générateur de la qualité de commettant. Ainsi conçue, elle n'a pas pour objet de déterminer un responsable, mais de déterminer le titulaire de l'autorité, source et condition objective de la responsabilité. Encore ne serait-elle pas opposable aux tiers si elle présentait un caractère simulé (3). En pareil cas, les deux employeurs encourent, on s'en souvient, une responsabilité solidaire (4). Ceux mêmes d'ailleurs qui n'admettraient pas cette solution, commandée par l'équivalence du fait et du droit, devraient, au moins, permettre à la victime de poursuivre indifféremment soit l'employeur auquel

(1) Sur le très large pourvoi d'appréciation que la théorie de l'attribution conventionnelle des risques conduit à reconnaître au juge, voy. SAVATIER, note précitée, D. P. 1928.1.20, col. 2.

(2) BARTIN, *Dispositions impératives et dispositions interprétatives de volonté*, Cours de doctorat, 1925-1926, p. 488 s.

(3) En ce sens : DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, thèse Paris 1931, nos 105 et 108.

(4) *Supra*, section I, p. 308-309.

l'acte ostensible accorde le droit de direction, soit celui auquel l'acte secret reconnaît ce même droit. Il est, en effet, de principe, en matière de simulation, que les tiers peuvent invoquer, à leur choix, l'acte apparent ou l'acte secret.

Il est d'ailleurs remarquable de constater que, lorsque les droits et les obligations réciproques des parties sont fixés par des dispositions réglementaires, celles-ci révèlent une parfaite conscience des conditions véritables auxquelles est subordonné le transfert de la qualité de commettant (1). Ainsi, lorsqu'une Chambre de commerce met à la disposition des usagers d'un port un mécanicien chargé de conduire une grue, un arrêté préfectoral précise toujours que ce mécanicien sera placé sous la direction d'un préposé spécial de l'usager, le chef de palan (2). Mais il ne se prononce pas sur la responsabilité civile des fautes du mécanicien ; il n'en règle, pour ainsi dire, la charge qu'au second degré, en posant les conditions d'où elle découlera nécessairement.

Il en est de même lorsque la liberté contractuelle n'est pas limitée. L'acte conventionnel est celui qui maintient à l'employeur originaire, ou accorde au nouveau patron, le droit de direction. La responsabilité n'est qu'un effet impérativement attaché par la loi à cet acte ; elle n'en représente qu'une conséquence seconde. La convention ne règle donc l'incidence de la responsabilité qu'en tant qu'elle est susceptible de déplacer « les conditions auxquelles la loi en subordonne la naissance » (3).

(1) Cpr. sur ce point : DURAND, *op. cit.*, n° 107 *in fine*.

(2) Voy. l'arrêté du Préfet de la Gironde du 17 février 1914, articles 2 et 3 dans Civ. cass., 19 janv. 1927, D. P. 1928.1.17, note Savatier, S. 1927.1.189.

(3) BARTIN, sur AUBRY et RAU, VI, § 447, note 38 *quinquies*; cpr. note 15 *sexies in fine*. Voy. les arrêts cités par M. Savatier, note précitée D. P. 1928.1.20, col. 1, en particulier : Civ. cass., 5 janv. 1891, D. P. 1891.1.7, S. 1892.1.247 : si, par l'effet de la convention, ... *il était resté placé sous l'autorité...* ; Paris, 27 févr. 1892, D. P. 1892.2.465 : en présence d'une telle stipulation, il est clair que *c'était... aux agents de la compagnie qu'il appar-*

tenait de diriger... le préposé ; Crim. rej., 26 janv. 1901, D. P. 1904.1.157, S. 1903.1.104. Il résulte [de la convention] que [le préposé] *avait cessé, d'être sous les ordres...* ; Poitiers, 30 nov. 1903, *Gaz. Pal.*, 1904.1.148 : [les conventions] ont cette signification que l'Administration, en mettant la machine et le mécanicien au service de l'entrepreneur de chargement, *substitue l'autorité de celui-ci à la sienne propre.*

CHAPITRE II

LA PERTE DE LA QUALITÉ DE PRÉPOSÉ PAR CELUI QUI AGIT EN DEHORS DE SES FONCTIONS

Aux termes de l'article 1384 § 5, le commettant ne répond que du dommage causé par le préposé « dans les fonctions auxquelles il l'a employé ». Cette restriction ne constitue pas seulement une condition d'application de la responsabilité du fait d'autrui ; elle touche à la définition même des rapports de commettant à préposé (1). De l'inefficacité temporaire de ces rapports entre ceux qu'ils unissent normalement, nous avons noté une première manifestation dans l'attribution possible de la qualité de commettant à un employeur occasionnel. Nous retrouvons ici la même idée sous un autre aspect : « en dehors de ses fonctions, en dehors du service auquel il est employé, le préposé devient, vis-à-vis de son maître, un étranger » (2). Mais la loi, qui n'a pas fixé les conditions d'existence du lien de préposition, n'a pas précisé davantage les limites où il cesse de produire effet. Aussi rencontre-t-on, pour tracer ces limites, autant de difficultés qu'on en éprouvait à rechercher le critère même des qualités de commettant et de préposé.

Après avoir déterminé le lien qui doit unir l'acte du préposé aux fonctions qu'il remplit pour que la responsabilité

(1) H. et L. MAZEAUD, I, n° 905.

(2) ROUX, note S. 1914.2.178, col. 2. Voy. dans le même sens : DEMO-LOMBE, XXXI, n° 613 ; H. et L. MAZEAUD, *loc. cit.*

du commettant soit engagée, il conviendra de se demander si des modifications peuvent, en certaines circonstances, être apportées, dans un sens extensif ou restrictif, à la règle générale d'abord affirmée.

SECTION I

Détermination du lien devant unir l'acte du préposé à ses fonctions.

L'étude de la notion d'exercice des fonctions est parfois obscurcie par une confusion qui doit être d'abord écartée.

Pour rechercher, en un cas donné, si un lien suffisamment étroit unit l'acte du préposé aux fonctions qu'il remplit, il est nécessaire de connaître exactement l'étendue de celles-ci. C'est donc une question préalable d'en déterminer l'objet précis. Si l'on suppose, par exemple, qu'un ouvrier au service d'un garagiste cause un accident alors qu'il essaie la voiture d'un client, il faut savoir, en premier lieu, s'il entrait dans son rôle de procéder à cet essai : c'est la première question, celle de l'étendue, ou, pourrait-on dire, du contenu des fonctions. Si elle est résolue affirmativement, nul doute que le commettant soit responsable. Si, au contraire, elle est résolue négativement, l'ouvrier n'ayant reçu mission que de réparer la voiture au garage, un second problème se pose : existe-t-il, entre la faute commise par le préposé et la fonction qui lui avait été confiée, un rapport suffisant pour que l'article 1384 § 5 s'applique à cette faute ?

La détermination de l'étendue des fonctions ne soulève pas de difficultés. C'est l'accord du commettant et du préposé qui fixe, en principe, le rôle de celui-ci. Il faut donc se reporter au contrat qui les lie et, s'il ne comporte pas de clause précise, l'interpréter d'après leur volonté présumée ; la base essentielle se trouve alors, le plus souvent, dans les usages de la profession et de la région. Cependant, ce contrat n'est pas le seul élément à prendre en considération. On doit éga-

lement tenir compte « du caractère que la pratique prolongée de la convention assigne, en fait, au rôle du préposé », des fonctions qu'il a exercées, dans la réalité, de façon suivie (1). L'extension qu'elles ont reçue par rapport à celles que prévoyait le contrat n'ayant été possible qu'avec l'assentiment du commettant, elle révèle, d'ailleurs, entre les parties, un accord implicite (2).

Lorsque l'objet de ses fonctions est exactement connu, il reste à déterminer les limites jusqu'auxquelles le préposé engage la responsabilité de son commettant ; c'est à cette seconde question seule que sera consacrée la suite de ces développements.

Il conviendra, étant donnée la confusion qui règne en la matière, d'exposer d'abord les solutions principales adoptées par les Tribunaux et d'expliquer les divergences qu'on relève entre elles en dépit de l'identité apparente des principes affirmés. La valeur de cette jurisprudence sera ensuite appréciée au regard des caractères généraux de la responsabilité du fait d'autrui, qui permettront également de dégager une notion ferme et précise de l'exercice des fonctions.

* * *

Si l'on cherche à établir un classement rationnel des décisions judiciaires, il faut d'abord faire abstraction des formules imprécises qu'elles emploient. Quelques-unes ont été appelées cependant à une fortune singulière (3) : le commettant répond

(1) BARTIN, sur AUBRY et RAU, VI, § 447, note 15 *sexies*, p. 385. *Adde* : BARTIN, *Dispositions impératives et dispositions interprétatives de volonté en droit privé*, Cours de doctorat, 1925-1926, p. 507-508. Voy., pour la jurisprudence, Crim. rej., 24 nov. 1899, S. 1902.1.296.

(2) La question de savoir si l'on peut tenir compte des fonctions simplement apparentes se pose également. Elle est étudiée *infra*, section II, p. 348-351, comme permettant d'admettre un lien moins étroit entre la faute et les fonctions véritables.

(3) Voy. sur ce point : VAN DEN DRIESSCHE, p. 55-95 ; BAGHAT, p. 153. *Adde* : H. et L. MAZEAUD, I, nos 908 s.

des conséquences dommageables des fautes commises par le préposé à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, ou dans l'abus de ses fonctions, ou encore, variante de la précédente, dans l'exercice abusif de ses fonctions. Mais, tantôt, la jurisprudence justifie indifféremment, par l'une ou l'autre, des solutions identiques, tantôt elle masque, au contraire, sous les mêmes termes, des solutions opposées (1). Tout au moins, le dommage causé dans les fonctions devrait-il être celui-là seul qui résulte directement de leur mauvais exercice. Or, il n'en est rien : on désigne aussi de cette façon le dommage qui se produit simplement pendant les fonctions. C'est donc parfois dans les cas où le lien est le moins net entre la mission du préposé et son délit, où il consiste dans un simple rapport de temps et de lieu, que les Tribunaux se réfèrent à cette formule, en apparence restrictive (2). Aussi la nature concrète du lien relevé est-elle seule susceptible de donner la base d'une étude synthétique de la jurisprudence (3).

Il n'est pas douteux, en premier lieu, que la responsabilité du commettant soit engagée si le préposé *exerce maladroitement la fonction qui lui a été confiée* (4) dans des conditions

(1) On relève toutefois une tendance à l'uniformité dans les motifs des arrêts les plus récents de la Cour de cassation : « En vertu de l'article 1384 C. civ., les maîtres et commettants sont responsables, non seulement du dommage causé par leurs préposés dans l'exercice normal et régulier des fonctions auxquelles ceux-ci sont employés, mais encore de celui qui résulte de l'abus de ces fonctions » : Crim. cass., 23 juin 1911, *Gaz. Pal.*, 1911.2.250 ; Crim. rej., 16 nov. 1929, *Gaz. Pal.*, 1929.2.1023 ; Crim. rej., 28 mars 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.1.862 ; Crim. rej., 11 juill. 1931, D. H. 1931.493 ; Crim. rej., 24 juin 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.2.414, *Rev. gén. ass. ter.*, 1932.833. Cpr. Crim. cass., 5 févr. 1915, D. P. 1919.1.8, *Rev. trim.*, 1919.504.

(2) Paris, 15 avr. 1847, D. P. 1847.4.423 ; Paris, 8 oct. 1856, S. 1857.1.445 ; Douai, 1^{er} juill. 1896, D. P. 1899.2.155 ; Crim. cass., 5 févr. 1915, D. P. 1919.1.8, *Rev. trim.*, 1919.504, qui emploie à la fois l'expression « dans les fonctions » et la formule « dans l'exercice, même abusif, des fonctions ».

(3) Voy. en particulier sur cette interprétation de la jurisprudence : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 650. Cpr. DALLANT, p. 151 s.

(4) VAN DEN DRIESSCHE, p. 48 s. ; H. et L. MAZEAUD, I, n° 906.

telles que cette maladresse constitue une faute causant un préjudice à un tiers : un chauffeur écrasant par sa faute un piéton, son patron est civilement responsable.

Il faut placer sur le même plan *l'emploi, par le préposé, de moyens illicites* pour remplir sa mission (1). L'exemple le plus caractéristique est celui des actes de concurrence déloyale : propos diffamatoires des agents d'une compagnie d'assurances contre une autre compagnie, renseignements mensongers donnés sur un produit concurrent (2). Ces solutions doivent être généralisées. L'article 1384, § 5 s'applique toutes les fois que le préposé, en accomplissant l'acte fautif, cherchait à atteindre le but assigné à son activité (3), et alors même, en raison du caractère irréfragable de la responsabilité, qu'il aurait agi, quant à ce choix des moyens, contrairement aux ordres formels du commettant. Employant une terminologie fort connue, on dira qu'il n'y a aucune différence à faire entre les fautes contre l'habileté, contre l'honnêteté ou contre

(1) VAN DEN DRIESSCHE, p. 51 ; DALLANT, p. 151 ; BAGAT, p. 152.

(2) Voy. ces deux exemples : Req., 5 nov. 1855, D. P. 1856.1.333 ; Montpellier, 17 janv. 1898, D. P. 1898.2.511, S. 1898.2.230.

Cpr. Paris, 16 juin 1896, D. P. 1896.2.312, S. 1896.2.208 (diffamation d'un propriétaire voisin par un concierge dans le but de louer plus facilement l'appartement qu'il fait visiter).

(3) Req., 5 nov. 1855, précité ; Tr. corr. Seine, 9 févr. 1893, *Gaz. Trib.*, 6 avril 1893 ; Paris, 16 juin 1896, D. P. 1896.2.312 ; Montpellier, 17 janv. 1898, précité ; Tr. comm. Seine, 17 juill. 1913, *La Loi*, 1^{er} septembre 1924 ; Colmar, 17 oct. 1928, *Revue juridique d'Alsace et de Lorraine*, 1930.155 (concurrence déloyale, diffamation) ; Tr. corr. Seine, 10 déc. 1896, *Gaz. Pal.*, 1897.2.189 (usurpation de titre pour faire rentrer plus facilement une créance) ; Lyon, 1^{er} févr. 1912, *Gaz. Trib.*, 1912, 2^e sem., 2.189 (inspecteur d'assurances : exagération des avantages d'un contrat et usurpation de titre), Req., 19 juill. 1826, *Jur. gén.*, v^o *responsabilité*, n^o 627, note 1 (employé d'octroi tirant sur quelqu'un qu'il croit vouloir lui arracher certains objets par la force) ; Crim. cass., 3 déc. 1846, D. P. 1847.4.422 (bris de vanne pour procurer plus d'eau à un moulin) ; Rouen, 1^{er} mars 1893, D. P. 1894.2.28, S. 1893.2.215 ; Amiens, 13 juill. 1895, D. P. 1896.2.451, S. 1897.2.67 (garde : homicide ou blessures par imprudence) ; Assises Seine, 15 nov. 1905, *Gaz. Trib.*, 1906, 1^{er} sem. 2.82 (concierge : homicide en voulant maintenir l'ordre dans la maison) ; Alger, 29 mai 1879, D. P. 1881.2.63, S. 1880.2.79 (contrefaçon) ; Crim. cass., 3 févr. 1911, *Gaz. Pal.*, 1911.2.290 (falsification de vins par un directeur de succursale).

la légalité. L'exercice légitime des fonctions ne pouvant être une source de responsabilité (1), ces fautes correspondent à l'interprétation la plus restrictive qui puisse se concevoir : les unes et les autres ne sont donc pas commises, comme on le dit parfois (2), à l'occasion des fonctions, mais appartiennent à leur sphère propre (3).

La responsabilité du commettant entre encore en jeu, dans un second groupe d'hypothèses, lorsque *l'acte dommageable du préposé a été rendu possible par les fonctions qu'il remplissait* ou, d'une façon moins rigoureuse, *lorsqu'il a été facilité par elles*. Il en est ainsi, en particulier, lorsque le préposé s'est servi, pour commettre un délit, de la chose qui lui avait été confiée par son maître : transport frauduleux de tabac par un mécanicien de chemin de fer dans le tender de sa machine (4), délit de chasse réalisé en automobile (5). Ce ne sont d'ailleurs que des exemples caractéristiques et cet emploi d'un objet appartenant au commettant n'est pas nécessaire. Déjà, la situation est différente lorsqu'un chauffeur cause un accident d'automobile au cours d'une promenade d'agrément (6) ; il n'a pas, comme dans le cas précédent, utilisé la voiture dans le but de commettre un délit ; la faute, quasi délictuelle par conséquent, n'est qu'une conséquence, non recherchée, de cette utilisation. De plus, la responsabilité est fréquemment admise en dehors de toute intervention matérielle de l'instrument des fonctions. On comparera, par exemple, à la faute du mécanicien qui utilise son tender pour un acte de contre-

(1) Paris, 15 mai 1851, D. P. 1852.2.240, S. 1851.2.359 (motifs).

(2) DALLANT, p. 151 ; Req., 5 nov. 1855, D. P. 1856.1.333, S. 1857.1.375, précité.

(3) VAN DEN DRIESSCHE, p. 48 s. ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 650, p. 881.

(4) Crim. rej., 22 mars 1907, D. P. 1909.1.406, S. 1907.1.473, *Rev. crit.*, 1908.201, avec les observations de M. Ripert.

(5) Crim. cass., 23 nov. 1928, D. H. 1929.21, *Rev. trim.*, 1929.112.

(6) Crim. rej., 23 mars 1907, D. P. 1908.1.351, *Rev. crit.*, 1909.140, avec les observations de M. Ripert ; Crim. rej., 11 juill. 1931, D. H. 1931.493.

bande, celle d'un graisseur de wagons qui se fait simplement remettre des paquets de tabac par les voyageurs à leur descente du train. Ici encore la compagnie de chemins de fer répond du délit de son agent (1); les fonctions qu'il remplissait lui ont seules permis d'aller et venir sur les quais, mais, du point de vue matériel, les objets dont il disposait ne lui ont été d'aucun usage.

Dans la jurisprudence nombreuse intervenue dans des cas semblables (2), et en face de laquelle on ne peut signaler qu'un

(1) Lyon, 1^{er} juill. 1872, D. P. 1873.2.157.

(2) Paris, 3 mars 1834, *Jur. gén.*, v^o *responsabilité*, n^o 644, note 2; Crim. cass., 12 janv. 1849, D. P. 1849.1.39 et, sur renvoi, Paris, 6 août 1850, D. P. 1850.2.183; Paris, 15 mai 1851, D. P. 1852.2.240, S. 1851.2.359; Caen, 18 avr. 1883, *Gaz. Pal.*, 1882-1883.2., 2^e partie, 46; Civ. rej., 28 juill. 1886, D. P. 1887.1.36, S. 1890.1.526; Tr. corr. Seine, 2 mai 1890, *La Loi*, 31 mai 1890; Tr. civ. Saint-Denis de la Réunion, 29 janv. 1896, *La Loi*, 21-22 juin 1896; Civ. rej., 21 déc. 1898, D. P. 1900.1.69; Paris, 3 août 1897, D. P. 1898.2.32; Req., 21 oct. 1901, D. P. 1902.1.457; Paris, 18 juill. 1930, D. H. 1930.530; Tr. corr. Seine, 2 nov. 1931, D. H. 1931.582; Tr. comm. Seine, 4 nov. 1932, motifs, *Gaz. Pal.*, 1^{er} janv. 1933 (employés du Trésor, employés de banque, employés de bureau : faux, détournements, abus de confiance, émission ou négociation de faux effets, le plus souvent grâce aux pièces dont ils ont la disposition comme employés : papiers officiels, feuilles de titres, carnets de reçus, griffes). — Civ. cass., 11 mai 1846, D. P. 1846.1.192, S. 1846.1.364 et, sur renvoi, Amiens, 4 déc. 1846, S. 1847.1.237 (vol par un employé d'hôtel); Lyon, 24 juin 1920, D. P. 1922.2.40. (sommes remises à un veilleur de nuit : détournement). — Lyon, 1^{er} juill. 1872; Crim. rej., 22 mars 1907, précités (mécanicien de chemins de fer, graisseur de wagons : contrebande). — Tr. civ. Seine, 28 mai 1872, D. P. 1873.2.7, S. 1872.2.153 (cocher attentat à la pudeur sur une enfant qu'il est chargé de conduire). — Crim. rej., 23 mars 1907, précité; Tr. corr. Seine, 23 janv. 1922, *Gaz. Trib.*, 1922.2.405; Crim. rej., 11 juill. 1931, précité (chauffeur : promenade en dehors de son service. Cpr., dans la même situation de fait : Req., 17 nov. 1919, D. P. 1920.1.156, où il y a faute personnelle du commettant). — Crim. cass., 23 juin 1911, *Gaz. Pal.*, 1911.2.250; Crim. rej., 24 juin 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.2.414 (sortie effectuée par le préposé avec des chevaux qu'il était seulement chargé de soigner ou avec un camion qu'il lui était interdit de conduire); Crim. rej., 28 mars 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.1.862 (livreur prenant la conduite d'un camion au lieu du chauffeur). — Caen, 23 juin 1875, D. P. 1878.5.407 (délit de chasse : fusil confié par le maître); Crim. cass., 23 nov. 1928, D. H. 1929.21, S. 1931.1.153, *Rev. trim.*, 1929.112 (automobile utilisé pour un délit de chasse).

Voy. sur cette question : RIPERT, Examens doctrinaux, *Rev. crit.*, 1908,

petit nombre de divergences (1), on ne doit pas distinguer entre les décisions selon qu'elles constatent ou non que le préposé a abusé de ses fonctions. Cet abus existe nécessairement dès que, n'agissant plus pour le compte de son patron, mais dans un intérêt personnel, il s'est servi des facilités que lui offrait sa mission.

Les Tribunaux, et c'est, dans cette description des solutions admises, un troisième point à signaler, vont parfois plus loin, tenant compte de tous les actes accomplis par le préposé *au temps et au lieu où il exerce ses fonctions* (2). Par exemple, la garantie du commettant interviendra si le préposé blesse un camarade d'atelier ou un tiers, soit volontairement au cours d'une rixe, soit par une simple imprudence alors qu'il s'est distrait de son travail. Mais, ici, la jurisprudence est beaucoup moins formelle et ses décisions se partagent en deux groupes sensiblement égaux (3). La Cour de cassation mani-

p. 201 s., 1909, p. 140 ; DEMOGUE, note *Rev. trim.*, 1929, p. 112 ; DALLANT, p. 152-156.

(1) Irresponsabilité du commettant dans les cas suivants : Grenoble, 25 août 1881 et, sur pourvoi, Civ. rej., 16 juin 1884, D. P. 1885.1.213 (détournement de titres) ; Crim. cass., 15 déc. 1894, S. 1895.1.151 (engin explosif fabriqué avec des matériaux pris à l'usine) ; Paris, 22 nov. 1916, *Gaz. Trib.*, 1917.2.383, et, sur pourvoi, Req., 26 févr. 1918, S. 1918-1919.1.119 (ouvrier s'emparant d'un camion qu'il n'a pas pour mission habituelle de conduire). Cpr. Limoges, 27 nov. 1868, D. P. 1869.2.217 ; Tr. civ. Bourg, 8 juill. 1924, *La Loi*, 15-19 août 1924 (cheval et voiture, ou automobile, prêtés par le commettant au préposé).

(2) Voy. sur ce point : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 650, p. 880.

(3) *Considèrent les circonstances de temps et de lieu comme suffisantes* ; Paris, 15 avr. 1847, D. P. 1847.4.423 ; Crim. rej., 13 déc. 1856, D. P. 1857.1.75, S. 1857.1.442 ; Paris, 7 oct. 1856, S. 1857.1.445 ; Crim. cass., 30 août 1860, S. 1860.1.1013 ; Nancy, 5 avr. 1873, D. P. 1874.2.52 ; Aix, 23 nov. 1875, D. P. 1877.2.135 ; Paris, 9 mars 1893, *Gaz. Pal.*, 1893.1.501 ; Douai, 1^{er} juill. 1896, D. P. 1899.2.155 ; Agen, 3 févr. 1898, *Gaz. Pal.*, 1898.1.363 ; Aix, 13 mars 1914, S. 1914.2.177, note Roux, cassé par Crim., 2 juill. 1914, *Bull. crim.*, n° 310 ; Pau, 17 mars 1914, *Le Droit*, 22 avr. 1914 ; Crim. cass., 5 févr. 1915, D. P. 1919.1.8 ; Bordeaux, 28 juin 1920, *Gaz. Pal.*, 1920.2.417, 2^e espèce, *Rev. trim.*, 1921.238, et, sur pourvoi, Req., 31 oct. 1921, *Gaz. Pal.*, 1922.1.145 ; Orléans, 28 févr. 1929, D. H. 1929.278 ;

feste d'ailleurs, dans ses derniers arrêts, une tendance nette à ne pas admettre l'extension absolue ; d'autre part, même lorsqu'elle consacre les solutions les plus larges, elle prend fréquemment le soin de masquer le principe très général auquel elle se rallie implicitement.

Elle est au contraire beaucoup plus formelle dans l'application de l'article 1 de la loi du 9 avril 1898, aux termes duquel donnent droit à indemnité au profit de la victime ou de ses représentants « les accidents survenus par le fait du travail

Tr. corr. Lille, 15 mars 1930, S. 1931.2.86. — *Adde* : Tr. civ. Laon, 15 juill. 1924, *Gaz. Trib.*, 27 nov. 1924.

La jurisprudence belge est formelle en ce sens : Cass. belge rej., 12 juin 1893, S. 1894.4.29 ; Cass. belge rej., 21 juin 1897, *Pasicr.*, 1897.1.230, avec les conclusions de M. l'Avocat général Melot ; Cass. belge rej., 24 juill. 1899, *Pasicr.*, 1899.1.348 ; Cass. belge cass., 2 juill. 1900, *Pasicr.*, 1900.1.311 ; Cass. belge rej., 19 avr. 1928, *Pasicr.*, 1928.1.133.

Considèrent au contraire, le rapport de temps et de lieu comme insuffisant : Crim. cass., 9 juill. 1807, *Sir. chr.* ; Metz, 25 juill. 1821, *Jur. gén.*, v^o, *responsabilité*, n^o 699, note 1, *Sir. chr.* ; Req., 5 juin 1861, D. P. 1861.1.439 ; Paris, 19 mai 1874, D. P. 1874.2.214, 1^{re} espèce, S. 1875.2.36 ; Tr. civ. Seine, 6 juill. 1881, *Gaz. Pal.*, 1881-1882.1.2 ; Req., 3 mars 1884, D. P. 1885.1.63, S. 1885.1.21 ; Tr. corr. Orthez, 6 mai 1890, *Pand. fr.*, 1890.2.146 ; Trib. civ. Seine, 18 mars 1893, *Gaz. Trib.*, 31 mai 1893 ; Douai, 14 févr. 1894, D. P. 1895.2.381, S. 1894.2.161, 2^e espèce ; Req., 1^{er} févr. 1897, D. P. 1897.1.111 ; Paris, 15 déc. 1898, *Gaz. Trib.*, 1899, 1^{er} sem., 2.408 ; Douai, 12 janv. 1903, S. 1904.2.298, fortement motivé ; Tr. civ. Abbeville, 17 janv. 1905, *Gaz. Pal.*, 1906.1.30 ; Paris, 13 mai 1908, *Gaz. Pal.*, 1908.2.32 ; Bourges, 27 avr. 1911, D. P. 1913.5.22 ; S. 1911.2.248, *Rev. trim.*, 1911.797, *Rev. crit.*, 1912.208, avec les observations de M. Ripert ; Paris, 30 juin 1914, *Gaz. Trib.*, 1914, 2^e sem., 2.48, cassé par Crim., 5 févr. 1915, D. P. 1919.1.8, précité ; Req., 29 oct. 1917, S. 1918-1919.1.199 ; Tr. civ. Saint-Etienne, 31 janv. 1923, D. P. 1923.2.158 fortement motivé ; Tr. civ. Havre, 30 juin 1923, *Gaz. Trib.*, 1924.2.69 ; Req., 5 déc. 1923, D. H. 1924.49 ; Req., 19 mai 1924, D. P. 1924.1.200, *Rev. trim.*, 1924.685 ; Civ. cass., 24 mai 1927, D. H. 1927.400, S. 1927.1.309, *Rev. trim.*, 1927.967 ; Douai, 18 déc. 1931, *Gaz. Pal.*, 1932.1.417.

Voy. surtout en ce sens : Crim. cass., 2 juill. 1914, *Bull. crim.*, n^o 310 : « la circonstance que le fait dommageable a été perpétré dans un temps et dans un lieu où le préposé était au service du commettant ne saurait justifier l'application de l'article 1384, si ce fait, loin de se rattacher à l'exécution du mandat confié au préposé, lui était complètement étranger. » Mais d'autres arrêts, en particulier : Crim. cass., 5 févr. 1915, précité, semblent avoir implicitement contredit ce motif très net.

ou à l'occasion du travail » : elle considère comme tels tous ceux qui se produisent au lieu et au temps du travail, sauf toutefois s'ils résultent de l'action d'une force de la nature (1). Si donc elle estimait vraiment que le commettant doit répondre de toutes les fautes commises par le préposé à l'occasion de ses fonctions, ce simple rapport de temps et de lieu serait toujours suffisant : comme le note M. Demogue, la même interprétation devrait être donnée, ici et là, de la même expression (2). S'il n'en est pas ainsi, c'est que les décisions, même les plus extensives, intervenues en matière de responsabilité du fait d'autrui ne peuvent être attribuées à l'influence de la loi de 1898 et à la portée qui lui a été reconnue (3). La même tendance s'était fait jour antérieurement (4). Si elle s'est accentuée depuis, c'est par un mouvement général, orienté vers le souci d'indemnisation de la victime, commun à l'évolution de toutes les questions de responsabilité, et qui n'a pas abouti aux conséquences extrêmes et surtout à l'uniformité de solutions qu'aurait commandées une conception inspirée d'un parallélisme réel avec la législation du risque professionnel.

Domage résultant de l'exercice maladroit des fonctions ou

(1) SACHET, *Traité des accidents du travail*, I, nos 307 s. et les références ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, nos 702 s. et les références. Voy., parmi les décisions les plus récentes : Req., 9 mars 1931, D. H. 1931.220 ; Civ. cass., 24 mars 1931, *Semaine juridique*, 1931.609 ; Civ. rej., 25 mars 1931, D. H. 1931.265 ; Req., 7 déc. 1931, *Gaz. Pal.*, 1932.1.387, *Rev. gén. ass. ter.*, 1932.123, note A. R. ; Civ. cass., 6 janv. 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.1.528 ; Civ. cass., 13 juill. 1932, D. H. 1932.526. Sur la valeur et le fondement de cette interprétation jurisprudentielle : PIAGET, *L'heure et le lieu du travail*, thèse Grenoble, 1930 ; ROUAST, *L'heure et le lieu du travail*, *Rev. gén. ass. ter.*, 1931, p. 512 s.

(2) DEMOGUE, note *Rev. trim.*, 1919.504, et V, n° 920.

(3) En ce sens : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 650, p. 879. *Contra* : DEMOGUE, *op. et loc. cit.* Cette influence de la loi de 1898 sur l'interprétation de l'article 1384 § 5 serait, d'ailleurs, tout à fait illégitime puisque les deux textes sont différents : à l'occasion du travail, d'un côté ; dans les fonctions, de l'autre (cpr. VAN DEN DRIESSCHE, p. 131 s.).

(4) Voy. les arrêts cités *supra*, p. 328, note 3.

de l'emploi de moyens illicites ; — dommage causé par un acte que les fonctions ont rendu possible ou facilité ; — selon certaines décisions enfin, dommage causé par un acte simplement accompli au temps et au lieu des fonctions : telles sont, pour la jurisprudence, selon une classification concrète des espèces, les sources de la responsabilité du commettant. Mais, du point de vue théorique, on n'aperçoit pas, à première vue, de tendance marquée. Parmi les décisions qui se contentent du simple rapport de temps et de lieu, bon nombre ne l'avouent pas ; elles s'abritent derrière des motifs vagues, les mêmes souvent que ceux des arrêts plus restrictifs. Quant à ces derniers, après avoir déclaré d'abord, eux aussi, que la responsabilité est engagée par l'exercice irrégulier ou abusif des fonctions, ils ajoutent simplement qu'il n'en est plus de même si la faute est complètement étrangère à cet exercice. Mais on ne discerne pas pourquoi une même faute est tantôt un abus de fonctions, tantôt un acte détachable de celles-ci. Aussi cette jurisprudence semble-t-elle défier la systématisation. La contradiction interne qui fait que, semblant partir du même point, on aboutit à des résultats opposés, doit être cependant éclaircie.

Un principe commun est suivi. L'article 1384 § 5 est applicable toutes les fois que la fonction a été la cause de l'acte fautif du préposé (1), ou, plus exactement, *chaque fois qu'il existe un lien de causalité entre la fonction et la faute* : ainsi s'explique l'absence de contradictions avouées. Mais un désaccord existe, au second degré en quelque sorte, sur la nature du lien de causalité : c'est la raison des indéniables divergences de solutions. Des indications rapides sur le problème de la causalité permettront de vérifier l'exactitude de cette explication (2).

(1) En ce sens : DEMOGUE, V, n° 919. Cpr. RUTSAERT, *Le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle*, p. 136-137 ; DEMOGUE et LEPAULLE, *Chronique, Rev. trim.*, 1924.103, sur un arrêt de la Cour du Banc du Roi de Montréal, 26 février 1924.

(2) Voy. sur la question du rapport de cause à effet : R. GUÉX, *La relation de cause à effet dans les obligations extracontractuelles*, thèse Lausanne, 1904 ; P. MARTEAU, *La notion de causalité dans la responsabilité civile*, thèse Aix, 1914 (les deux ouvrages contiennent l'exposé des doctrines allemandes qui

Un résultat donné ne peut se produire que par la réunion de plusieurs conditions, dont chacune est nécessaire, mais a besoin aussi « de la collaboration de toutes les autres » (1). Aucune ne mérite le nom de cause puisqu'aucune ne suffit, à elle seule, à produire l'effet ; la cause ne peut donc être définie, selon la formule de Stuart Mill, que comme une « somme de conditions » (2). Dans le langage courant, on considère cependant chacune de ces conditions comme la cause, ou l'une des causes, et c'est à cette notion qu'on se réfère aussi lorsqu'on affirme que, si elle disparaît, l'effet disparaît également : *Sublata causa, tollitur effectus*.

Du point de vue juridique, la question peut être étudiée ici, pour la facilité de l'exposé, dans ses termes habituels qui ont trait à la recherche du lien de causalité entre une faute et un dommage qui se produit à la suite de cette faute. Il suffira de transposer les résultats de l'analyse pour savoir dans quels cas le même lien existe entre les fonctions du préposé et la faute qu'il commet.

On peut hésiter entre deux conceptions opposées (3). Ou bien, renonçant, comme la logique le commande, à distinguer entre les diverses conditions, on les place toutes sur le même plan : c'est la théorie de l'équivalence des conditions. Ou bien, on fait un choix entre elles, on n'en retient que certaines, qui paraissent avoir joué dans la production du dommage un rôle plus important ; cette distinction peut se faire elle-même sur des bases diverses, dont la plus intéressante à signaler est celle de la causalité adéquate.

représentent les seuls travaux originaux sur cette matière). *Adde* : DEMOGUE, IV, nos 366-376 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, nos 538-541 ; H. et L. MAZEAUD, II, nos 1417-1428 ; RIPERT, *Règle morale*, n° 117 ; HUBERT, note S. 1926.1.129, § 1.

(1) GUX, *op. cit.*, p. 30.

(2) « La cause est la *somme des conditions* prises ensemble, le total des circonstances de toute espèce dont la réalisation est suivie invariablement du conséquent » (STUART MILL, *A system of logic, ratiocinative and inductive*, cité par GUX, *op. cit.*, p. 30 ; voy. aussi la traduction française de cet ouvrage par Louis PEISSE, Paris, 1869, I, p. 375).

(3) GUX, *op. cit.*, p. 35 ; MARTEAU, *op. cit.*, p. 38.

La première thèse est des plus simples (1) : chaque condition ayant, pour la production du phénomène, la même importance, il suffit, pour que le lien causal existe, qu'on puisse affirmer que, *si l'acte n'avait pas eu lieu, le dommage ne se serait pas produit* (2). C'est une recherche négative de causalité, fondée sur la disparition nécessairement liée de l'antécédent et du conséquent (3).

Beaucoup plus complexe est la théorie de la causalité adéquate (4). Ses partisans reconnaissent qu'il est impossible, devant une conséquence concrète, d'attribuer un rôle prépondérant à l'un des antécédents ; mais ils estiment que, pour retenir l'une des conditions comme cause, il faut se demander « si elle possédait une tendance à produire un résultat de cette espèce, ou si elle ne l'a produit que par suite d'un concours de circonstances qui sont rarement réunies. Le droit n'exige pas seulement, en effet, qu'une action ait causé un dommage ; il demande que cette action fût spécialement propre à le causer, fût un acte dangereux » (5). *Y avait-il peu ou beaucoup de chances pour que ce dommage fût produit ?* Telle est, en résumé, la question qu'on doit se poser, et le lien de causalité ne sera considéré comme existant que si l'on y peut répondre affirmativement. C'est ce qu'on exprime en disant que les conditions doivent être classées d'après « le degré de possibilité abstraite ou objective qu'elles impliquent pour la production du résultat », et qu'on doit uniquement tenir compte de celles qui possèdent cette possibilité à un degré suffisant (6).

Appliquées à la matière de la responsabilité du commettant, ces idées conduiront aux conséquences suivantes. Dans la théorie de l'équivalence des conditions, il suffira de se deman-

(1) Théorie due à VON BURIE : GUÉX, p. 103 s. ; MARTEAU, p. 127 s.

(2) GUÉX, *loc. cit.*

(3) MARTEAU, *op. cit.*, p. 177.

(4) Théorie due à VON KRIES : GUÉX, *op. cit.*, p. 77 s. ; MARTEAU, *op. cit.*, p. 78 s.

(5) GUÉX, *op. cit.*, p. 81-82.

(6) GUÉX, *op. cit.*, p. 82.

der si l'acte dommageable du préposé eût été possible sans les fonctions qu'il remplissait (1), si celles-ci figurent parmi les conditions dont la somme constitue la cause du délit. Dans la théorie de la causalité adéquate, il faudra encore savoir si elles étaient propres à causer cet acte, c'est-à-dire à en rendre probable l'accomplissement par le préposé.

En d'autres termes, pour apprécier le rapport qui doit exister entre les fonctions et le délit, si l'on adopte l'idée de l'équivalence des conditions, on envisagera ce délit *in concreto*, en tenant compte de toutes ses particularités, notamment du temps et du lieu où il a été commis. Si l'on se fonde sur l'idée de causalité adéquate, on l'envisagera *in abstracto*, en ne retenant que sa nature, la catégorie plus large dans laquelle il peut être classé ; c'est ensuite seulement qu'on se demandera s'il est ou non étranger à la nature des fonctions.

Deux exemples empruntés à la jurisprudence éclaireront cette opposition.

Dans un arrêt déjà cité, la Cour de Lyon (2) rend une Compagnie de chemin de fer responsable du délit de contrebande commis par un graisseur de wagons à qui les voyageurs remettaient des paquets de tabac à leur descente du train : « *sans ses fonctions* permettant son entrée sur les voies, il n'aurait pu se mettre en rapport avec les voyageurs ». C'est très nettement se placer sur le terrain de l'équivalence des conditions et appliquer la méthode de causalité négative qu'elle commande.

Devant la Cour de Douai (3), se pose la question suivante : Un ouvrier, au cours de son travail, blesse un de ses cama-

(1) Cpr. sur ce point : CAPRONNIER, p. 148.

(2) Lyon, 1^{er} juill. 1872, D. P. 1879.2.157. Cpr., pour un raisonnement semblable, Crim. rej., 28 mars 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.1.862.

(3) Douai, 24 févr. 1902 et 12 janv. 1903, S. 1904.2.298, refusant, dans la même affaire, l'application de l'article 1384 et celle de la loi de 1898 (Le motif cité au texte est tiré de l'arrêt du 12 janvier 1903, rendu sur l'article 1384). Cpr. Tr. civ. Saint-Etienne, 31 janv. 1923, D. P. 1923.2.158 (attentat contre nature commis par un ouvrier sur un mineur de 13 ans) : « Ces rapports (de temps et de lieu), essentiellement occasionnels et contin-

rades. La responsabilité du patron, décide la Cour, n'est pas engagée : « *il ne suffit pas de dire que si W... n'avait pas été l'ouvrier de A... et employé dans le même atelier que G..., celui-ci n'aurait pas été blessé* et qu'en ce sens très subtil sa blessure aurait pour cause première les fonctions d'ouvrier remplies par W... ; mais *cette cause éloignée n'a pas été la cause réelle et déterminante de cette blessure*, puisque, dans l'exercice de son travail, celui-ci ne pouvait point blesser son camarade ». C'est se rallier à la notion de la causalité adéquate.

En ces deux analyses, s'opposent, de la façon la plus nette, les deux tendances de la jurisprudence, les deux conceptions entre lesquelles elle oscille.

Si l'on adopte la première, on est inévitablement amené à admettre la responsabilité du commettant chaque fois que l'acte illicite du préposé a été accompli au temps et au lieu où il exerce ses fonctions (1). La question se pose en ces termes : s'il n'était pas chargé de cette mission, aurait-il commis ce délit ? Or, il est *à priori* évident que c'est à sa fonction qu'il doit d'abord sa présence sur les lieux où il s'en est rendu coupable. Les décisions les plus extensives ne peuvent alors être écartées ; il devient normal, pour citer une de celles qui ont paru les plus surprenantes, que le maître soit responsable si son chauffeur se rend coupable d'un outrage public à la pudeur au cours d'un voyage effectué pour son compte (2).

Si l'on se rallie à la seconde conception, une telle conséquence ne doit pas être admise. La nature des fonctions est sans rapports avec la nature du délit. Du fait que le pré-

gents, ne tiennent pas à *la nature même des fonctions...* ; le travail n'a pas été le moyen du crime ».

(1) Certains auteurs, estimant qu'on doit se fonder sur le lien de causalité entre l'acte et la fonction, et semblant, par ailleurs, se référer à l'idée d'équivalence des conditions, n'en tirent cependant pas de conséquences aussi extensives (RUTSAERT, *Le fondement de la responsabilité civile extra-contrattuale*, p. 136-137 ; Cpr. DEMOGUE, V, nos 919-922). Il ne paraît pourtant pas niable que la fonction soit l'une des conditions de l'acte : sans sa fonction le préposé n'aurait pas été sur les lieux où il l'accomplit.

(2) Tr. corr. Lille, 15 mars 1930, S. 1931.2.86.

posé a été engagé comme chauffeur, il n'y avait pas plus de chances pour qu'il commit un tel acte que si tout autre rôle lui avait été assigné. Or, « la responsabilité ne prend naissance qu'autant que le préposé a trouvé dans ses fonctions même un des éléments de l'acte dommageable » (1). D'une façon plus générale, les simples circonstances de temps et de lieu ne sont pas suffisantes.

On observera d'ailleurs que, dans l'une et l'autre théories, la responsabilité serait parfois encourue même pour des actes étrangers au temps et au lieu des fonctions (2), mais pour lesquels le préposé a profité des facilités qu'elles lui offraient. Ainsi en serait-il lorsqu'un chauffeur utilise la voiture en dehors de son service ; son acte est certainement l'un de ceux que sa qualité était « propre à rendre objectivement possibles. »

Tandis que la jurisprudence belge ne considère pas même le lien de causalité comme nécessaire, tout en exigeant que l'acte ne soit pas étranger aux fonctions (3), — points de vue cependant difficiles à concilier —, on peut donc rendre compte des décisions de la jurisprudence française en disant qu'elles exigent ce lien de causalité, mais différent dans la manière dont elles le conçoivent. Le principe qu'elles suivent est, si l'on peut dire, un principe à contenu variable, non susceptible, comme tel, d'assurer l'uniformité des solutions.

En formulant cette conclusion, on reste dans les limites d'une simple description, d'une systématisation, sans doute, mais de caractère strictement objectif. Or, on ne saurait se contenter de cette analyse des arrêts ; il en faut encore apprécier, du point de vue doctrinal, la valeur. Si le principe commun qui leur sert de base est considéré comme justifié, il con-

(1) Tr. civ. Saint-Etienne, 31 janv. 1923, D. P. 1923.2.158 précité.

(2) *Contra* : H. et L. MAZEAUD, I, n° 907, pour qui la responsabilité du maître n'est jamais engagée si le délit est commis en dehors du temps des fonctions.

(3) Cass. belge rej., 19 juin 1928, *Pasicr.*, 1928.1.133. Cpr. les autres décisions citées *supra*, p. 328, note 3.

viendra de choisir, entre les deux notions de la causalité, celle qui doit être adoptée. Dans le cas contraire, il deviendra nécessaire, pour préciser la notion d'exercice des fonctions, de se fonder sur d'autres éléments.

* * *

Entre les solutions auxquelles conduit l'idée d'équivalence des conditions et celles que légitime la théorie de la causalité adéquate, il existe, sans doute, des différences de degrés ; mais les secondes même présentent encore un caractère très extensif. Une telle interprétation de la notion d'exercice des fonctions ne serait donc légitime que si l'article 1384 § 5 édictait une règle imposée par la logique ou l'équité. Dans les deux tendances de la jurisprudence, se manifestent les conséquences de l'erreur qu'on commet à rattacher cette règle aux principes généraux de la responsabilité, principes dont elle découlerait, en quelque sorte, de façon nécessaire.

On se souvient, en effet, que selon la doctrine classique, la responsabilité du commettant repose sur une présomption de faute et qu'à l'inverse bon nombre d'auteurs récents y voient une manifestation de l'idée de risque. L'inexactitude de ces théories a été démontrée, mais elles n'en constituent pas moins les deux justifications les plus habituellement proposées. Or elles expliquent, toutes deux, sans difficultés, pourquoi le commettant ne répond que du dommage causé par le préposé « dans les fonctions auxquelles il l'a employé » ; mais elles favorisent, en même temps, une certaine extension des limites que la loi fixe ainsi à cette responsabilité.

Le commettant ne choisit son préposé que pour des fonctions déterminées. Si donc il était vrai qu'il fût présumé l'avoir mal choisi, il resterait très normal qu'il ne répondit pas indifféremment de toutes ses fautes (1). La présomption d'un défaut de

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, IV, n° 2914. Dans le même sens :

surveillance conduirait au même résultat ; le préposé n'est, en effet, sous les ordres du commettant que dans l'accomplissement de sa mission (1).

Si l'on se fondait sur le risque, on dirait, de même, que les actes dont le maître retire normalement un bénéfice doivent seuls faire peser éventuellement une charge sur lui ; sa responsabilité n'est légitime qu'autant que le dommage a été causé par l'entreprise (2).

Dans les deux thèses, il est donc juste et logique que les conséquences de l'acte de fonction du préposé soient seules supportées par le commettant. Mais lorsqu'on recherche, en partant de l'un ou l'autre des postulats habituels, une définition de cet acte, on est nécessairement conduit à considérer comme tel celui qui se rattache aux fonctions par un simple lien de causalité. Ce lien peut se manifester, soit par un rapport de nature, soit par un rapport de temps et de lieu, entre l'acte et les fonctions. Dès que l'une de ces conditions est remplie, le fondement adopté permet d'appliquer l'article 1384 § 5. On reprendra, pour éclairer cette affirmation, deux exemples particulièrement caractéristiques.

Un chauffeur s'empare de la voiture de son maître en dehors de ses heures de service et cause un accident (3). Dire que la conduite de la voiture était sans rapports avec ses fonctions serait oublier les facilités que celles-ci lui ont données.

A l'inverse, le mécanicien d'une compagnie de chemins de fer qui introduit frauduleusement en France du tabac transporté dans le tender de sa machine (4) accomplit un acte qui, par sa nature, est étranger à la tâche qui lui était confiée. Cependant « c'est parce qu'employé qu'il a pu se servir de son

DEMOLOMBE, XXXI, nos 610 s. ; LAURENT, XX, n° 582 ; DHORNE, p. 38. Cpr. GARNIER, p. 51.

(1) SOURDAT, II, n° 888 ; VAN DEN DRIESSCHE, p. 157.

(2) ROUX, note S. 1914.2.178, col. 2.

(3) Crim. rej., 23 mars 1907, D. P. 1908.1.351, *Rev. crit.*, 1909.140 avec les observations de M. Ripert.

(4) Crim. rej., 22 mars 1907, D. P. 1909.1.406, S. 1907.1.473, *Rev. crit.*, 1908.201 avec les observations de M. Ripert.

tender » (1). Ici encore, le délit n'aurait pas été possible sans la mission que remplissait son auteur ; la contrebande tentée par un autre procédé aurait eu moins de chances de succès.

Dans ces deux cas, l'idée de faute, conduit à reconnaître la responsabilité du propriétaire de la voiture ou de la compagnie de chemins de fer. S'ils s'étaient mieux assurés des qualités du préposé auquel ils ont accordé leur confiance, s'ils l'avaient, d'autre part, mieux surveillé, le délit n'aurait pu être commis. Sans doute est-il vrai qu'un texte créant une présomption doit être considéré comme exceptionnel. Mais, si ce caractère constitue un obstacle à l'interprétation par analogie, il n'en paraît pas moins certain que la présomption, dès lors qu'elle est admise, doit produire effet dans tous les cas où les éléments que le législateur a pris en considération pour l'édicter se trouvent réunis. Ce n'est pas là étendre le texte en dehors de son domaine, mais en déterminer le sens propre pour en assurer exactement l'application dans les hypothèses qu'il prévoit. Il est dans la logique de la théorie classique de considérer la responsabilité du commettant comme engagée chaque fois que les circonstances de fait rendent vraisemblable l'existence, soit de la *culpa in eligendo*, soit de la *culpa in vigilando*.

Or, si l'on part de l'idée de choix, il n'est pas seulement nécessaire que le préposé soit capable de remplir adroitement et honnêtement la mission qui lui est confiée ; avant de le prendre à son service, le commettant doit encore s'assurer que sa moralité est telle qu'il ne se rendra coupable d'aucune faute, au moins pendant le temps où il agira pour son compte.

Quant à la surveillance, elle peut, dans un certain nombre de cas, s'exercer alors même que les limites du droit strict de direction sont dépassées. En effet, les fonctions qu'il a reçues donnent parfois au préposé des facilités particulières pour commettre certains délits. Quelques-unes de ces facilités peuvent lui être enlevées sans que rien soit modifié dans son

(1) RIPERT, *loc. cit.*, *Rev. crit.*, 1908.203.

rôle ; par exemple, un objet qui est à sa portée, et qui, néanmoins, ne lui est pas nécessaire pour la tâche qu'il accomplit lui sera retiré si le commettant exerce une surveillance attentive.

De quelque manière donc qu'on envisage la présomption de faute, elle dépasse très facilement le cercle des fonctions ; il en est toujours ainsi pour la faute de choix, fréquemment encore pour la faute de surveillance. Aussi n'est-il pas surprenant que la plupart des auteurs classiques, se prononçant dans le même sens que la jurisprudence, fassent remonter au commettant la responsabilité des dommages causés par le préposé, *à l'occasion* de l'exercice de ses fonctions (1).

Pour ceux qui estiment, au contraire, que la responsabilité est la contre-partie du profit, il semblerait, au premier abord, qu'elle ne dût s'appliquer qu'aux délits étroitement liés à l'activité du préposé, telle qu'elle se déploie au sein de l'organisme (2). Mais un autre aspect de la théorie du risque, et qu'on ne peut négliger, — le risque créé —, s'accorde avec une appréciation très large de l'exercice des fonctions. En utilisant les services d'autrui, le commettant n'augmente pas seulement sa propre puissance d'action ; par la mission qu'il lui confie, il augmente aussi celle du préposé. Si le fait de créer un risque, d'exposer les tiers à de nouveaux dangers justifiait la responsabilité, ce serait le lieu d'appliquer ce principe.

La jurisprudence relative à l'exercice des fonctions dérive donc des idées ordinairement adoptées comme fondement de l'article 1384 § 5. Elle serait, en effet, légitime si ce texte repo-

(1) LAURENT, XX, n° 583 ; HUC, VIII, n° 449 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, IV, n° 2914 ; AUBRY et RAU, VI, p. 401. *Adde*, LALOU, n°s 498 s., Cpr. BEUDANT, n° 1214. *Contra* : DEMOLOMBE, XXXI, n° 615. VAN DEN DRIESSCHE, p. 55 s., note très justement l'imprécision des auteurs classiques sur cette question. D'ailleurs, il va de soi que le commettant est responsable si une faute dans la surveillance est directement établie à sa charge ; mais il ne s'agit pas alors, malgré la confusion de certains arrêts, d'une application de l'article 1384 (Cpr. ROUX, note S. 1914.2.177. *Adde* : BAGAT, p. 165).

(2) En ce sens : ROUX, note précitée, S. 1914.2.178, col. 2 et 3.

sait, soit sur la faute, soit sur le risque (1) ; dans l'un et l'autre cas, il serait vrai que l'existence d'un lien de causalité entre la fonction et la faute du préposé suffit à en entraîner l'application. Mais l'inexactitude démontrée de l'une et l'autre théorie (2) entraîne le rejet des conséquences qui en pouvaient être tirées.

En se fondant sur le seul lien de causalité, quelque analyse qu'on en donne, on méconnaît le caractère véritable de la responsabilité du commettant. Edictée dans un but de garantie envers les tiers, cette responsabilité ne repose, on le sait, quant à ses motifs, sur aucun fondement sûr. Les raisons justificatives qu'on tente d'en donner restent incertaines et peu convaincantes (3). Aussi son caractère exceptionnel est-il beaucoup plus marqué qu'il ne le paraissait lorsqu'on y voyait la sanction d'une faute ou un aspect de l'idée de risque. Ces deux explications lui donnaient une force propre de développement qui fait entièrement défaut, dès lors que, simple obligation de garantie, elle est conçue comme une création du législateur, dans une certaine mesure artificielle et dont la légitimité peut se discuter. Ce caractère exceptionnel de la règle en commande une interprétation rigoureusement restrictive (4). Mais il ne suffit pas, pour consacrer une telle

(1) On s'explique ainsi que des auteurs, partant de points de vue opposés, reprochent, de façon réciproque, à la thèse adverse, d'inspirer une jurisprudence contraire aux solutions qu'ils proposent : interprétation extensive considérée comme une conséquence de l'idée de faute et combattue au nom de la théorie du risque : ROUX, note précitée, S. 1914.2.177 ; DALLANT, p. 146 s. Interprétation extensive combattue, au contraire, au nom de l'idée de présomption de faute : VAN DEN DRIESSCHE, *passim* (*Adde*, en ce dernier sens, quant aux conséquences de chaque théorie : DEWISME, p. 58 s., en particulier p. 64).

(2) *Supra*, Partie Préliminaire, chapitre II, sections I et II, p. 32-49.

(3) *Supra*, Partie Préliminaire, chapitre II, section IV, p. 58-62.

(4) Voy. par exemple, Paris, 19 mai 1874, D. P. 1874.2.214, 1^{re} espèce, S. 1875.2.36 : l'article 1384 § 5 est une disposition de droit étroit, car il n'est pas équitable qu'on réponde du fait d'autrui. Cpr. ROUX, note S. 1914.2.178, col. 2 ; P. ESMEIN, *Rev. crit.*, 1924.201.

interprétation, d'exiger, selon les formules les plus habituelles des auteurs, un rapport direct, un rapport étroit, entre l'acte et les fonctions ; il est nécessaire de dégager une directive plus ferme.

Le préposé n'est dans l'exercice de ses fonctions que lorsqu'il agit en vue de remplir la mission qui lui a été confiée, d'atteindre le résultat auquel, de par la décision du commettant, doit tendre son activité. « Exercer maladroitement la fonction, c'est, en effet, une façon de l'exercer » (1). Employer dans ce but des moyens illicites, c'est rester encore dans le même cadre. Tous les autres actes dépassent les limites fixées par la loi, soit qu'ils diffèrent, par leur nature, de ceux que requiert la mission du préposé, soit même que, ne s'en distinguant pas objectivement, ils aient été accomplis par lui dans un intérêt personnel. En d'autres termes, ni l'excès, ni l'abus de fonctions n'engagent la responsabilité du commettant.

C'est donc le but que poursuivait le préposé lorsqu'il a commis la faute qui doit être pris en considération (2). Mais on n'exigera pas que ce but ait été fixé *in specie* par le commettant ; il suffit que l'opération alors en cours figure *in genere* parmi celles qu'il est chargé d'accomplir.

Ainsi la diffamation commise par un agent d'assurances à l'égard d'une compagnie concurrente pour conclure plus faci-

(1) VAN DEN DRIESSCHE, p. 84.

(2) La faute de fonction du préposé est celle qu'il commet « en faisant ce à quoi il est employé » : MARCADÉ, V, sur l'article 1384, n° III. Dans le même sens : LAROMBIÈRE, VII, sur l'article 1384, n° 9 ; DEMOLOMBE, XXXI, nos 614 s. ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 650 ; H. et L. MAZEAUD, I, n° 911-912 ; ROUX, note précitée, S. 1914.2.177 ; P. ESMEIN, *Examen doctrinal* précité, *Rev. crit.*, 1924.199 s. ; VAN DEN DRIESSCHE, *passim*. Mais ce principe doit être poussé plus loin qu'il ne l'est habituellement. A l'exception de MM. Esmein et Mazeaud, les auteurs précités considèrent, par exemple, que la querelle née du travail appartient aux fonctions. Cette opinion nous semble erronée : seuls les moyens mis en œuvre pour remplir la fonction engagent la responsabilité du commettant. Ne sont donc justifiées, parmi les solutions jurisprudentielles analysées *supra*, p. 323 s., que celles qui ont été classées sous la première rubrique : Voy., en particulier, les arrêts cités *supra*, p. 325, note 3. .

lement un contrat engage la responsabilité de l'assureur à la seule condition que cet agent ait eu pour rôle de discuter les conditions des polices avec les assurés, sans qu'il soit nécessaire que mission lui ait été donnée de rechercher, en particulier, la clientèle de la personne qu'il a cru convaincre par ce procédé.

Dérivant du caractère exceptionnel de l'article 1384 § 5 cette interprétation restrictive est, en outre, celle qui s'accorde le mieux avec le critère de l'autorité adopté comme condition d'existence des rapports de commettant à préposé. Sans doute, les deux limites ne coïncident-elles pas exactement et « la responsabilité n'existe-t-elle pas aussi souvent que l'autorité peut s'exercer en fait (1) » : régime quelque peu artificiel, résultant du fondement artificiel même de cette responsabilité, et, par là, inévitable (2). Mais la portée de la discorde est très limitée.

Le commettant ne possède pas, en effet, sur l'activité du préposé un droit de direction absolu. La subordination n'est, pour celui-ci, qu'exceptionnelle, imposée à lui dans un but précis. La liberté reste la règle (3) ; les restrictions qu'elle subit ne proviennent que de l'obligation où il est d'obéir à son maître *pour l'exécution de son travail*. S'il ne peut s'en distraire et si le patron est en droit de le lui interdire, c'est seulement parce qu'il perdrait ainsi un temps qu'il doit consacrer au service de ce patron et violerait les engagements qu'il a assumés envers lui. Aussi doit-on considérer, par exemple, que son indépendance reste entière dans les instants de repos : du moment où ils ne nuisent en rien au commettant, celui-ci ne peut pas plus qu'un tiers lui défendre tel ou tel acte. Il semble même qu'on doive aller plus loin : si ces actes, même accomplis pendant le temps du travail n'empêchent pas le préposé de remplir ses fonctions, le maître n'est pas admis à

(1) P. ESMEIN, *Rev. crit.*, 1924, p. 203.

(2) P. ESMEIN, *loc. cit.*

(3) Cpr. P. ESMEIN, *op. cit.*, p. 201-202 ; BAGATH, p. 163.

s'y opposer. Par exemple, les fautes commises par un simple gardien d'atelier ou encore par un veilleur de nuit ne sont pas nécessairement exclusives de leur mission de surveillance. Le rôle confié à ces préposés n'exigeant, en quelque mesure, que leur simple présence, ne supposant pas le déploiement d'une activité caractérisée, ils conservent une large liberté quant à l'emploi personnel de leur temps. La même liberté appartient parfois aux ouvriers payés à la tâche. Si certaines méthodes leur sont imposées, ils peuvent souvent choisir leurs moments, fixer eux-mêmes le temps de leur repos ; il n'en est autrement que s'ils appartiennent à un atelier où le travail doit être exécuté de façon suivie.

On voit combien il serait inexact de considérer que le préposé n'est, durant tout le temps de sa fonction, qu'un instrument aux mains du commettant. Non seulement il garde en fait une part irréductible de liberté, mais le commettant ne possède pas *en droit* une autorité absolue sur lui (1) : il n'a pas qualité pour lui interdire certaines initiatives. Il ne serait donc pas légitime de prétendre que la responsabilité du fait d'autrui doit s'appliquer à toutes les fautes commises pendant le travail, sous le prétexte qu'elle se mesure à l'autorité (2). A l'inverse, on ne peut non plus fixer les limites de cette responsabilité de telle sorte qu'elle coïncide dans tous les cas

(1) Cpr. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 650, p. 881.

(2) Dans l'application de la loi du 9 avril 1898, M. Rouast explique cependant par la notion d'autorité que l'accident engageant la responsabilité du chef d'entreprise soit celui qui est survenu *en service commandé*, c'est-à-dire en un temps et en un lieu où l'ouvrier se trouvait sur l'ordre de son patron (Examen Doctrinal, *Rev. crit.*, 1930, p. 131 s. ; *L'heure et le lieu du travail*, *Rev. gén. ass. terr.*, 1931, p. 512 s.). Sont ainsi considérés comme accidents du travail tous ceux qui sont une conséquence du service imposé à l'employé ou à l'ouvrier. Mais on conçoit fort bien la différence entre les deux situations. S'agissant d'un accident subi par l'ouvrier, on ne peut retenir que celui qui se produit pendant l'exécution du service commandé : l'ouvrier ayant, dans la production de l'accident, un rôle passif, il est impossible de tenir compte de la part de liberté qu'il conserve à ce moment. S'agissant, au contraire, d'un dommage causé par le préposé, on peut, dans cette même période où il y a, en général, subordination faire le départ entre l'acte que son maître était

concrets avec celles du droit de commandement ; l'étendue de ce droit varie, en effet, selon les espèces et selon l'organisation interne de l'entreprise.

Mais, l'autorité permettant, au minimum, d'imposer au préposé certaines méthodes de travail, les seuls actes pour lesquels le commettant soit *toujours* en droit de donner des ordres ou de formuler des interdictions sont ceux que nous avons indiqués : ce sont les actes accomplis en vue d'atteindre le résultat que comporte la fonction. C'est pourquoi, dès que ce cercle est dépassé, l'autorité n'existant plus de façon certaine, les rapports de commettant à préposé se trouvent suspendus.

Le caractère irréductiblement arbitraire de la responsabilité du fait d'autrui, d'une part, l'application, d'autre part, de l'idée d'autorité permettent donc, ici encore, de préciser le domaine de l'article 1384 § 5 et de fixer les limites où se perdent les qualités corrélatives de commettant et de préposé.

SECTION II

Extension ou restriction de la responsabilité du commettant dans certaines situations particulières

La notion d'exercice des fonctions étant déterminée, la question se pose de savoir si les solutions qu'elle commande peuvent être modifiées dans certaines situations particulières, en considération, soit de la personne du préposé, soit de la personne de la victime.

en droit de lui ordonner ou de lui interdire et celui qu'il pouvait accomplir librement parce que non inconciliable avec sa mission : le premier seul entre dans l'exercice des fonctions, c'est celui qui est accompli *en vue d'exécuter le service commandé*.

*
* *

On estime parfois que la responsabilité du commettant doit être étendue au delà de ses limites habituelles, d'une part lorsque le préposé aux services de qui il fait appel appartient à la catégorie particulière des domestiques, d'autre part lorsque ce préposé n'a pas atteint sa majorité.

Un arrêt de la Chambre criminelle du 30 août 1860 admettait qu'un domestique, « dans la maison de son maître, est toujours placé sous l'autorité de celui-ci et réputé agir dans les fonctions auxquelles il est employé » (1). L'inexactitude de cette présomption, en l'espèce, apparaissait nettement dans la nature de la faute : un délit de tapage nocturne. Du point de vue juridique, l'arrêt adoptait, d'autre part, une thèse très discutable en créant une présomption sans aucune base légale. Aussi cette jurisprudence, presque immédiatement démentie par la Chambre des requêtes (2) ne s'est-elle pas maintenue. La situation du domestique ne présente, en effet, qu'une particularité : l'étendue de ses fonctions n'étant pas déterminée avec une précision entière, il est souvent difficile de tracer la limite exacte où il cesse d'agir pour son maître. Mais ce n'est là qu'une difficulté de pur fait qui n'autorise pas à créer pour lui une règle de droit particulière : le maître n'est pas indistinctement obligé de réparer tous les dommages qu'il cause (3).

Dans une deuxième situation, la personnalité du préposé a paru susceptible d'être prise en considération de façon plus directe. C'est une question souvent discutée de savoir si son

(1) Crim. cass., 30 août 1860, S. 1860.1.1013.

(2) Req., 5 juin 1861, D. P. 1861.1.439.

(3) Req., 5 juin 1861 précité ; Req., 3 mars 1884, D. P. 1885.1.63, S. 1885.1.21. CAPRONNIER, p. 162 s. ; ZINGHER, p. 93 ; VAN DEN DRIESSCHE, p. 63. Voy. cependant *contra* : Paris, 9 mars 1893, D. P. 1893.2.296.

état de minorité modifie la responsabilité du commettant. La portée de ce problème doit d'ailleurs être précisée. Il est certain que le commettant n'est pas tenu, en tant que tel, des délits sans rapports avec la fonction (1). S'il répondait de toute activité fautive du préposé mineur, ce ne pourrait être qu'en raison d'un devoir général de surveillance. Aussi sa situation serait-elle identique à celle du père (2); en particulier, il serait admis, comme celui-ci, à prouver qu'il n'a pu empêcher le fait dommageable (3).

Même ainsi entendue, cette extension de la responsabilité ne doit pas être admise. Elle repose sur une assimilation du commettant au père, qui est certainement inexacte : si l'autorité de celui-ci est générale, le droit de direction qui appartient à celui-là est spécial, limité au cercle des fonctions remplies par le préposé. Sans doute, certains arrêts ont-ils parlé d'une délégation tacite de la puissance paternelle (4), mais c'est un argument purement verbal, une simple affirmation. Il est certain que le maître ne possède aucun des pouvoirs attachés à la puissance paternelle (5); on a, d'autre part, justement fait remarquer que la délégation ne se concevrait pas dans le cas fréquent où il a ignoré la minorité de son préposé (6). Aucune obligation particulière de garantie ne doit

(1) H. et L. MAZEAUD, I, n° 865 ; DALIBOT, *De la responsabilité civile délictuelle du fait des mineurs*, thèse Rennes, 1929, p. 35. Cpr. P. LOUIS-LUCAS, *Un arrêt récent sur la responsabilité civile du fait d'autrui*, *Semaine juridique*, 1933, p. 105-106.

(2) Sur les conditions de la responsabilité du père, voy. : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 630, et, pour des développements plus complets, DALIBOT, *op. cit.*, p. 49 s.

(3) Cpr. sur ce point : RIPERT, *Rev. crit.*, 1910, p. 131. Nancy, 12 juill. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.2.584.

(4) Dijon, 6-avr. 1870, D. P. 1872.2.103 ; Nancy, 12 juill. 1930 précité. Cpr. Toulouse, 4 juin 1903, D. P. 1909.2.164, S. 1906.2.13, *Rev. trim.*, 1905.889.

(5) DALIBOT, *op. cit.*, p. 40 ; P. LOUIS LUCAS, *op. cit.*, *Semaine juridique*, 1933, p. 106.

(6) RIPERT, *Rev. crit.*, 1910, p. 131.

donc peser sur lui (1); aussi bien, la jurisprudence, en dépit de quelques hésitations premières, s'est-elle fixée en ce sens (2).

* * *

Si la situation personnelle du préposé et la nature de ses fonctions ne sont pas susceptibles de modifier le domaine de la responsabilité du commettant, une influence doit être, au contraire, reconnue à ce qu'on peut appeler l'état psychologique de la victime. Etant donné le principe restrictif adopté, il semble qu'il ne puisse s'agir que d'une extension de ses droits : le fait qu'elle *ait cru* que le préposé agissait dans l'exercice de ses fonctions lui permet-il d'obtenir réparation du commettant ?

Mais, pour les partisans de la notion extensive et, par suite, pour la jurisprudence, se pose une question symétrique qui ne peut être négligée : le fait que la victime *ait su* que le préposé agissait en dehors de ses fonctions lui enlève-t-il le droit de mettre en cause la responsabilité civile du commettant ?

Lorsque la victime a cru que les fonctions du préposé étaient moins restreintes qu'elles ne le sont en réalité, on ne saurait

(1) En ce sens : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 632 ; DEMOGUE, V, n° 929 ; RIPERT, *loc. cit.* et *Rev. crit.*, 1912, p. 208 ; DEMARNE, p. 131-132 ; ZINGHER, p. 94-95 ; DALIBOT, *op. cit.*, p. 39-40. *Contra* : E. H. PERREAU, *Les obligations de conscience devant les Tribunaux*, *Rev. trim.*, 1913, p. 505-506. Cpr. SOURDAT, II, n° 927.

(2) Req., 3 mars 1884, D. P. 1885.1.63, S. 1885.1.21, implicite ; Tr. corr. Orthez, 6 mai 1890, *Pand. fr.*, 1890.2.146 ; Douai, 14 févr. 1894, D. P. 1895.2.381, S. 1894.2.161 (2^e espèce), implicite ; Tr. civ. Abbeville, 17 janv. 1905, *Gaz. Pal.*, 1905.1.30 ; Crim. rej., 29 juin 1912, S. 1913.1.531 ; Tr. corr. Vannes, 7 janv. 1931, S. 1932.2.96 ; Tr. civ. Soissons, 13 mai 1931, *Gaz. Pal.*, 1931.2.342 ; Dijon, 18 nov. 1932, D. H. 1933.27. *Addé*, pour un pupille de l'Assistance Publique : Bourges, 27 avr. 1911, D. P. 1913.5.22, *Rev. crit.*, 1912.208 avec les observations de M. Ripert. *Contra* : Dijon, 6 avr. 1870, précité ; Toulouse, 4 juin 1903, précité ; Tr. civ. Saint-Sever, 31 déc. 1906, *Le Droit*, 14-15 janvier 1907. Nancy, 12 juill. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.2.584.

évidemment tenir compte de son erreur que si elle est, au minimum, excusée par une vraisemblance extérieure. Le problème est donc, à nouveau, celui de l'apparence. Les fonctions apparentes semblent plus larges que les fonctions réelles : il s'agit de savoir si ce fait est de nature à étendre la responsabilité du commettant.

Cette question doit être résolue par l'application des mêmes règles qui ont été dégagées dans l'étude des rapports apparents de commettant à préposé (1). Deux conditions sont donc nécessaires : il faut, en premier lieu, une faute du commettant ; — il faut, en second lieu, que cette faute créatrice d'une situation trompeuse soit unie au dommage par un lien de causalité (2). Mais, si les conditions exigées sont identiques quant au fond, en pratique elles sont ici plus fréquemment réunies. Il est rare, en effet, qu'un travailleur indépendant paraisse subordonné et, alors même qu'il en est ainsi, la faute du commettant apparent ne peut toujours être démontrée. Au contraire, on conçoit beaucoup plus facilement qu'une erreur soit commise sur l'étendue des fonctions. Elle est, en particulier, presque inévitable lorsque le rôle du préposé est plus limité que celui des autres membres de sa profession ; les pouvoirs normaux d'un agent remplissant une mission analogue constituent alors, pour les tiers, un point de comparaison sur lequel ils peuvent légitimement se fonder (3), et le commettant est en faute par cela seul qu'il n'a pas pris les mesures de publicité nécessaires pour les détromper. De même, lorsque le préposé se pré-

(1) *Supra*, Première Partie, IV, chapitre II, p. 272-280.

(2) Voy. cependant BARTIN, *Dispositions impératives et dispositions interprétatives de volonté en droit privé*, Cours de doctorat 1925-1926, p. 502 s., en particulier p. 506, qui semble reconnaître à l'apparence une efficacité plus grande, sans tenir compte, ni de la faute du commettant, ni de l'influence qu'elle pouvait raisonnablement exercer sur l'attitude de la victime. Cpr. BARTIN, sur AUBRY et RAU, VI, § 447, note 15 *sexies*, p. 385 ; JOSSE-RAND, II, n° 512 ; DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, thèse Paris, 1931, n° 103.

(3) Cpr., pour la représentation apparente : LAURENT, *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*, thèse Caen, 1931, n° 99.

sente volontairement comme investi de pouvoirs qui dépassent sa compétence véritable, son maître peut, presque toujours, l'en empêcher.

La condition de faute existe donc dans la plupart des cas de fonctions apparentes ; seule, la condition du lien de causalité est vraiment de nature à restreindre la responsabilité du commettant. Il ne serait pas légitime, en effet, que la victime fut indemnisée par lui lorsqu'on a la certitude que, si elle avait connu l'abus de fonctions, elle aurait néanmoins subi le préjudice. Il faut qu'elle soit entrée en relations avec le préposé sur la foi des fonctions dont il paraissait titulaire ; son erreur ne constitue, pour elle, un titre à réparation que si elle s'est traduite en une action rendant possible le délit. Par suite, la situation apparente, ici encore, ne produit normalement effet que dans la mesure où le préposé a pour rôle de représenter le commettant ou, au moins, de coopérer aux actes juridiques passés par lui.

La mise en œuvre de ces idées permettrait de justifier un certain nombre de solutions extensives et leur assurerait, en équité comme en logique, un fondement solide. La jurisprudence, dans de rares décisions, a paru se prononcer en ce sens. Par exemple, un préposé ayant fait escompter des effets revêtus de fausses signatures dans une banque où il était chargé d'effectuer habituellement des paiements, la Cour de Pau, suivie par la Chambre des requêtes a décidé dans un arrêt du 18 décembre 1899 que la responsabilité du commettant était engagée. La banque avait pu considérer cet employé « comme accrédité auprès d'elle pour des opérations de même nature. Rien ne pouvait suggérer la pensée de distinguer entre les fonctions qui consistaient à payer et celles qui consistaient à encaisser les effets » (1). De même, la Chambre criminelle, le 19 janvier 1901, et la Chambre des requêtes, le 23 octobre 1905, ont admis que la limitation des pouvoirs d'un agent d'assu-

(1) Pau, 18 déc. 1899 et, sur pourvoi, Req., 21 oct. 1901, D. P. 1902, 1. 457.

rance n'était pas nécessairement opposable aux tiers (1). Telle n'est pas, cependant, la tendance dominante. Plus volontiers les Tribunaux, pour déclarer le commettant responsable, tirent argument du lien qui unit l'acte dommageable aux fonctions réelles. En effet, l'apparence ne se conçoit normalement que pour un genre d'activité qui, par sa nature, se rapproche du rôle véritable du préposé. La notion de l'exercice abusif des fonctions à laquelle se rallie la jurisprudence suffit alors à motiver ses décisions. Mais, déniaut ainsi toute influence particulière à la faute du commettant créatrice d'une apparence et à la conduite de la victime trompée par cette apparence, elle pose un principe objectif et absolu, celui-là même que nous avons combattu dans notre première section, qui s'étend à des situations pour lesquelles il n'est pas justifié ; elle transforme à tort en une règle d'interprétation de l'article 1384 § 5 ce qui doit être fondé sur le droit commun de la responsabilité personnelle.

Dans la thèse restrictive, les droits de la victime sont donc augmentés lorsqu'elle commet une erreur provoquée par la faute du commettant ; à l'inverse, dans la thèse extensive, on décide, le plus souvent, qu'ils doivent disparaître lorsqu'elle connaît l'abus de fonctions du préposé. La jurisprudence a statué en ce sens par des décisions particulièrement nettes : « Si la responsabilité est encourue lorsque, dans l'exercice même abusif de son mandat, le préposé peut être réputé avoir agi pour le compte de son commettant, il en est autrement lorsque le préposé a été envisagé par la victime de l'acte dommageable comme agissant, non pour le compte de son commettant, mais

(1) Crim. rej., 19 janv. 1901, D. P. 1901.1.402, S. 1905.1.55 ; Req., 23 oct. 1905, D. P. 1906.1.16, S. 1907.1.188, *Rev. crit.*, 1908.201 avec les observations de M. Ripert. *Adde*, dans des situations de fait différentes : Tr. civ. Seine, 2 janv. 1863 (motifs), confirmé par Paris, 4 juill. 1863, D. P. 1863.2.142 ; Paris, 11 déc. 1915, *Gaz. Trib.*, 1916.2.402, *Rev. trim.*, 1917.134. Cpr. Req., 7 août 1906, S. 1907.1.88 ; Tr. comm. Nancy, 3 févr. 1930, S. 1930.2.87 ; Civ. cass., 27 nov. 1929, D. H. 1930.68.

pour son compte personnel » (1). Il est de cette jurisprudence deux applications caractéristiques. Un chauffeur offre une place à un ami : celui-ci ne peut mettre en cause la responsabilité du commettant s'il est blessé dans un accident (2). Une personne confie la gestion de sa fortune à un employé de banque ou à un commis d'agent de change auquel elle s'adresse directement : l'article 1384 § 5 n'est pas applicable à l'abus de confiance dont l'employé se rend coupable (3).

Pour préciser la question, observons que, dans l'une et l'autre hypothèses, on ne peut pas affirmer *a priori* qu'un contrat unisse le préposé à la victime : il fait même normalement défaut dans le premier cas, étant donnée la conception juris-

(1) Crim. cass., 12 déc. 1903, D. P. 1904.1.70, S. 1906.1.150, *Rev. trim.*, 1906.673 ; Tr. civ. Angoulême, 7 juill. 1913 confirmé par Bordeaux, 25 mai 1914, *Gaz. Pal.*, 1919.2.174 ; Nancy, 22 juill. 1925, D. H. 1925.568 ; Tr. civ. Nice, 22 févr. 1926, *Gaz. Trib.*, 1927.2.111 ; Civ. rej., 11 juin 1928, D. H. 1928.415 ; Tr. civ. Avesnes, 9 juill. 1930, D. H. 1930.519.

(2) Voy. les décisions citées à la note précédente. Dans les arrêts, cette formule « préposé envisagé... » semble, en effet, réservée au cas du chauffeur transportant un tiers. Les décisions citées à la note suivante relèvent le caractère personnel du rapport sous une autre forme. *Adde*, pour cet exemple du chauffeur : Tr. corr. Albi, 12 nov. 1897, *Gaz. Trib.*, 1898.1^{re} sem.2.224 ; Req., 19 mai 1924, D. P. 1924.1.200, *Rev. trim.*, 1924.685 ; Tr. civ. Nice, 20 avr. 1925, *Gaz. Trib.*, 15-17 novembre 1925 ; Tr. corr. Seine, 28 janv. 1929, *Gaz. Trib.*, 1^{er}-2 mars 1929. La responsabilité du commettant est, au contraire, engagée envers le tiers transporté lorsque celui-ci a cru que le chauffeur agissait en sa qualité de préposé : Req., 22 nov. 1932, *Gaz. Pal.*, 8-9 janvier 1933 ; cpr. Paris, 5 nov. 1931, *Gaz. Trib.*, 1932, 1^{re} sem. 2.29.

(3) Paris, 19 mai 1848, D. P. 1848.2.146, S. 1848.2.299 ; Paris, 4 juill. 1863, D. P. 1863.2.142 (motifs) ; Req., 21 nov. 1876, D. P. 1878.1.19 ; Civ. rej., 7 avr. 1884, D. P. 1884.1.334 (motifs) ; Tr. civ. Seine, 10 juin 1885, *Gaz. Trib.*, 8 août 1885 ; Tr. comm. Chalons-sur-Saône, 19 nov. 1888, *La Loi*, 24 février 1889 (motifs) ; Angers, 15 janv. 1890, D. P. 1890.2.111 ; Caen, 8 janv. 1902, *La Loi*, 15 avril 1902 ; Tr. civ. Seine, 27 nov. 1907, *Gaz. Pal.*, 1908.1.299 ; Req., 30 oct. 1911, D. P. 1915.1.109 ; Req. 4 déc. 1912, D. P. 1914.1.244 ; Paris, 12 janv. 1926, D. P. 1926.2.59, note A. L., *Gaz. Pal.*, 1926.1.274 avec les conclusions de M. l'Avocat général Legris, *Rev. crit.*, 1927.130 avec les observations de M. Desserteaux ; Tr. corr. Seine, 23 avr. 1930, D. H. 1931.Somm.18, *Gaz. Pal.*, 1930.2.83. Voy., sur cette question, les conclusions de M. l'Avocat général Legris et les observations de M. Desserteaux, sur Paris, 12 janvier 1926 (*loc. cit.*).

prudentielle du transport bénévole (1). Mais on peut dire au moins, de façon inévitablement vague, que, dans tous les cas, des relations se sont établies entre l'auteur de la faute et celui qui en subit les conséquences. La jurisprudence que nous étudions ne s'applique qu'à cette situation. Lorsque la victime n'est pas entrée en rapports avec le préposé avant l'acte dommageable, on n'attache aucune importance au fait qu'elle ait connu son abus de fonctions ; ainsi, les arrêts ne recherchent jamais si le piéton renversé par un automobile a su dans quelles conditions agissait le chauffeur. Le fondement de cette jurisprudence en devient plus incertain.

Dans une première théorie, M. Demogue, raisonnant sur le seul exemple du chauffeur qui transporte un ami à titre gracieux, soutient que la non-application de l'article 1384 § 5 se justifie par la nature des rapports qui existent entre eux : ce sont des rapports de complaisance exclusifs de toute action en responsabilité autre que celle de l'article 1382 (2). Mais l'explication ne présenterait pas alors une portée générale. On devrait admettre une solution contraire lorsqu'une rémunération aurait été convenue entre le préposé et la victime ; pourtant, une telle circonstance démontrerait plus nettement le caractère personnel de leurs relations. Rien n'indique que la jurisprudence soit disposée à entrer dans cette voie : les arrêts actuels ne signalent pas expressément la gratuité du service. Au surplus, elle paraît très rare lorsqu'il s'agit, non plus d'un transport, toujours occasionnel, mais de la gestion permanente d'intérêts pécuniaires.

Aussi la majorité de la doctrine recourt-elle plus volontiers, pour rendre compte de la jurisprudence, à une idée différente. La victime serait privée du droit de demander réparation au commettant parce qu'elle aurait commis une faute en profitant,

(1) Sur cette conception du transport bénévole, considéré comme exclusif de l'existence d'un contrat, voy. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 622. et les références, p. 848, note 2.

(2) DEMOGUE, V, n° 920, p. 121.

en connaissance de cause, de l'abus de fonctions du préposé (1). Mais cette explication encourt elle-même deux critiques : si la faute existe, elle ne peut avoir l'effet qu'on lui prête ; de plus, elle n'est pas démontrée par le seul fait que la victime est directement entrée en rapports avec le préposé.

De droit commun, la faute de la victime entraîne seulement une diminution du montant des dommages-intérêts (2). Il n'en saurait être autrement en matière de responsabilité du fait d'autrui. Celle-ci suppose, en effet, la faute du préposé. Il y a donc, d'abord, compensation entre deux fautes prouvées, déterminant la part de responsabilité de l'auteur et celle de la victime ; la responsabilité du commettant qui se modèle, quant à ses conditions et quant à son étendue, sur celle du préposé, n'intervient qu'ensuite, à titre de garantie supplémentaire, pour assurer effectivement à la victime la réparation à laquelle elle a droit d'après le résultat de cette compensation (3). Dès lors, la participation à l'abus de fonctions, si elle s'analysait en une

(1) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 650, p. 882 et n° 653, p. 884, note 4 ; RUTSAERT, *Le fondement de la responsabilité civile extra-contractuelle*, p. 182, note 3 (*in fine*, p. 184) ; DEMARNE, p. 129 ; Adde : BARTIN, sur AUBRY et RAU, VI, § 447, p. 381, texte et note 14 bis (sous une forme dubitative). Cette faute, analysée de façon précise, semble se ramener à celle du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle : en abusant de ses fonctions, le préposé enfreint les obligations du contrat qui le lie au commettant, et le tiers participe à cette violation ou en profite.

(2) DEMOGUE, III, n° 795 s. ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 569 ; M. HALLER, *Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit à réparation*, thèse Paris, 1926. Cpr. H. et L. MAZEAUD, II, nos 1505 s.

(3) HUBERT, note S. 1926.1.131, col. 2. Il résulte de cette analyse que la question est, ici, très différente de celle qui se pose pour la responsabilité du fait des choses inanimées. Une partie de la doctrine, suivie, semble-t-il, par les arrêts les plus récents, estime que, dans l'application de l'article 1384 § 1, la faute de la victime supprime *entièrement* son droit à réparation (PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 571 et les références ; CAPITANT, *Les passages cloutés*, D. H. 1931, Chronique, p. 19 et les références). On conçoit, en effet, qu'il soit assez difficile d'admettre la compensation entre une faute prouvée et une faute présumée : la première doit, peut-être, faire entièrement tomber la seconde. Mais, dans la responsabilité du commettant, par le fait qu'il y a compensation entre deux fautes prouvées, rien ne s'oppose à l'application des règles du droit commun. Aussi la solution donnée au texte (partage de

faute, ne saurait avoir d'autre effet : elle ne supprimerait pas le droit à indemnité, elle aboutirait simplement à un partage de responsabilités (1).

Mais il y a plus : dans les hypothèses que nous étudions, où des rapports personnels se sont noués entre le préposé et la victime, celle-ci n'est pas toujours en faute. En certains cas, en effet, elle se croit légitimement autorisée à profiter du service qui lui est rendu. Le chauffeur offre parfois une place à un ami alors qu'il effectue une course pour le compte du commettant ; rien ne prouve *a priori* que ce geste lui soit interdit : c'est l'un des cas où l'accomplissement du travail n'est pas inconciliable avec certains actes qui lui sont intrinsèquement étrangers (2). Le cas de l'employé de banque, du commis d'agent de change ou du clerc de notaire gérant les intérêts des personnes qui s'adressent directement à lui n'est pas moins caractéristique. Il n'y a pas nécessairement, de sa part, violation du contrat qui le lie à son commettant. On ne peut l'affirmer qu'après avoir exactement déterminé le contenu de ce contrat : comporte-t-il une obligation de non-concurrence lui interdisant de traiter certaines affaires pour son propre compte ? Lorsque cette obligation ne pèse pas sur le préposé, il ne méconnaît, en entrant en rapports personnels avec les tiers, aucun de ses devoirs envers le commettant ; par suite,

la responsabilité) est-elle certaine, en doctrine comme en jurisprudence : voy., en particulier, HUBERT, note précitée ; H. et L. MAZEAUD, *loc. cit.* ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 653 *in fine*. Pour la jurisprudence, voy. les décisions citées par M. Hubert, *loc. cit.*

(1) Peut-être pourrait-on, cependant, soutenir la thèse contraire par le raisonnement suivant. S'il est vrai que, dans l'hypothèse normale, la faute de la victime se compense d'abord avec celle du préposé, ici, en participant à l'abus de fonctions, la victime a commis une faute *envers le commettant*. La compensation, si elle était admise, jouerait donc directement entre cette faute prouvée et la présomption qu'édicte l'article 1384 § 5. Or, une semblable compensation est impossible ; l'exonération du commettant, comme celle du gardien d'une chose inanimée, devrait donc être absolue. Mais c'est une argumentation bien subtile ; de plus, elle n'écarte pas la seconde objection discutée au texte : il n'y a pas toujours faute de la victime.

(2) *Supra*, Section I, p. 343-345.

celui qui s'associe à son acte et en profite n'est pas lui-même en faute. Pourtant, les arrêts ne font aucune distinction : contrairement à ce qu'enseigne la doctrine dominante, ils ne peuvent donc s'expliquer par une faute de la victime.

Reste alors la justification la plus simple : « si l'article 1384 ne s'applique pas, ce n'est pas parce que le tiers n'a pas considéré l'employé comme préposé, mais bien parce que le préposé était sorti de ses fonctions » (1). Mais, dans le système de la jurisprudence, elle ne suffit pas à rendre compte des décisions particulières qui sont étudiées ici. Si la responsabilité du commettant est normalement engagée par les actes qui dépassent le cercle des fonctions, il faut déterminer les raisons pour lesquelles ce principe comporte une exception, et l'on n'y parviendra jamais. Ce n'est qu'un tempérament d'équité révélant un manque d'harmonie certain : les deux ordres de solutions sont, sur ce terrain, rationnellement inconciliables (2).

Dans la thèse générale que nous avons adoptée, la dernière explication proposée devient, au contraire, pleinement satisfaisante. Le principe est l'interprétation restrictive. Sans doute, la responsabilité du commettant est-elle engagée au delà de ses limites habituelles lorsque, par une faute créatrice d'une apparence trompeuse, il a permis à la victime de croire que le préposé agissait dans ses fonctions régulières. Mais il n'en est pas ainsi dans notre cas : par hypothèse, l'auteur de l'acte dommageable n'a pas été « envisagé » comme préposé.

Les solutions qui viennent d'être exposées ne requièrent donc pas de justification spéciale ; elles reposent sur les règles précédemment établies. D'une part, le commettant répond seulement des actes qui concourent à l'exercice de la fonction ; la victime n'ayant, d'autre part, commis aucune erreur, les éléments de l'unique exception que comporte ce principe ne sont pas réunis.

(1) VAN DEN DRIESSCHE, p. 36.

(2) Cpr. VAN DEN DRIESSCHE, *loc. cit.*

CONCLUSION

Après avoir dégagé le critère des rapports de commettant à préposé, après avoir analysé, sous leurs divers aspects, les idées d'autorité et de subordination, peut-être ne sera-t-il pas inutile, au terme de cette étude, de grouper, en s'attachant exclusivement aux points essentiels, les enseignements qui en peuvent être tirés.

Lorsqu'on cherche à définir le lien de préposition, la première idée qui s'offre à l'esprit est d'en déterminer le domaine d'après le fondement de la responsabilité du commettant, d'après son but de garantie envers les tiers. Mais, au regard d'une analyse précise des caractères de cette responsabilité, la concordance se révèle irréalisable entre le but poursuivi et les résultats que les procédés toujours imparfaits de la technique juridique permettent pratiquement d'atteindre. On ne peut éviter que le critère qui fixe la portée de la règle se dissocie, à un certain degré, du fondement sur lequel elle repose. La thèse de la dépendance économique elle-même, — et c'est pourquoi il est possible de la rejeter —, ne permet pas d'établir entre ces deux éléments une correspondance absolue ; quel que soit le critère adopté, il ne saurait s'agir que d'une approximation.

Or, à cette approximation les idées corrélatives d'autorité et de subordination conduisent facilement. De ce point de vue, elles représentent un moyen aussi bien adapté au but que la recherche de la situation sociale ou du rôle économique ; dans le cours normal des choses, en effet, l'état de subordina-

tion dans lequel le préposé accepte de se placer révèle son insolvabilité. Le critère de l'autorité n'est donc pas contradictoire avec la raison d'être de l'article 1384 § 5. Mais il s'impose encore, de façon positive, par des arguments plus directs. La logique de l'interprétation conduit, d'abord, à l'adopter parce qu'il permet de définir les rapports de commettant à préposé par les mêmes caractères que ceux de maître à domestique. Correspondant à une réalité concrète, il présente, d'autre part, l'avantage d'une mise en œuvre facile et précise. Il permet enfin, en incitant le commettant à surveiller attentivement son préposé, de rattacher la charge qui pèse sur lui à une politique de prévention des dommages dans la mesure où celle-ci est compatible avec un système de responsabilité sans faute prouvée.

C'est donc à juste titre que, dans son ensemble, la jurisprudence actuelle considère le lien d'autorité et de subordination comme le seul élément constitutif des rapports de commettant à préposé. Cependant, si ses décisions, étant donné le principe directeur qu'elles suivent, méritent, le plus souvent, d'être approuvées, il reste quelques points sur lesquels elles ne présentent pas toute la logique, ni surtout toute la fermeté désirables.

En particulier, l'analyse de la notion d'autorité, quant à la détermination des droits qui doivent appartenir à son titulaire, est parfois d'une insuffisante netteté. Le problème général de l'autorité de fait est, d'autre part, inconnu des arrêts ; celui de la subordination apparente ne s'est posé que très rarement. Incertaine sur ces questions, la jurisprudence, pour les résoudre, ne trouve d'ailleurs pas, dans la doctrine, de directives assurées.

Aussi, bien que le critère de l'autorité soit aujourd'hui devenu classique, plusieurs précisions, parmi lesquelles la plus importante est relative au rôle de l'état de fait, ont-elles pu lui être apportées au cours de cette étude. Il semble que la définition suivante les résume : *Les rapports de commettant*

à préposé existent entre deux personnes lorsque l'une est en droit de fixer, ou fixe en fait, le but auquel doit tendre l'activité de l'autre et les moyens qu'elle doit employer pour atteindre ce but. Les effets attachés à ces rapports se produisent, en outre, au cas d'autorité et de subordination apparentes, lorsque deux conditions sont réunies : une faute du commettant apparent, une action de la victime, entrant en relations avec le préposé apparent ou le plaçant dans les conditions de réalisation du dommage, sur la foi de la qualité qu'il semblait posséder.

Les idées d'autorité et de subordination, qui fixent les conditions d'existence des qualités de commettant et de préposé, déterminent également les limites où elles se perdent.

La jurisprudence a résolu de façon satisfaisante la plupart des difficultés que soulève, en premier lieu, la situation du préposé se trouvant, à titre exceptionnel, à la disposition d'un tiers. *Lorsqu'un préposé, normalement au service d'une personne, agit temporairement pour le compte d'une autre, la qualité de commettant appartient à celle qui l'a sous son autorité. S'il est soumis, suivant le domaine où s'exerce son activité, à l'autorité de l'une ou de l'autre, l'incidence de la responsabilité dépend de la nature de l'acte fautif : elle pèse sur le commettant qui aurait été en droit d'interdire cet acte.*

Seule, la question du conflit possible entre l'autorité de droit et l'autorité de fait ne paraît pas avoir été aperçue. La règle normalement applicable est alors la suivante : *Lorsqu'une personne est en droit de donner des ordres au préposé et qu'une seconde le dirige en fait, la qualité de commettant appartient, à la fois, à l'une et à l'autre ; les fautes du préposé font donc naître, à leur charge, une responsabilité solidaire.* Toutefois, le principe ainsi posé comporte une restriction : dans le cas où le préposé s'est mis à la disposition d'un tiers de son propre mouvement, la qualité de commettant n'appartient qu'à ce seul tiers ; aucune responsabilité ne pèse sur l'employeur habituel.

Le transfert de la qualité de commettant, dont les conditions

sont ainsi précisées, n'est pas la seule cause possible de suspension momentanée du lien de préposition. Il convient encore de connaître les circonstances dans lesquelles le préposé perd sa qualité en dépassant le cercle de la mission qui lui a été confiée. Sur ce point, les Tribunaux se sont arrêtés à des solutions beaucoup moins heureuses. La notion jurisprudentielle de l'exercice des fonctions nous a paru devoir être entièrement écartée : *le préposé cesse d'être dans ses fonctions dès qu'il n'agit plus en vue d'atteindre le but assigné par le commettant à son activité.*

* * *

La mise en œuvre des principes directeurs qui viennent d'être résumés conduit nécessairement à reconnaître au lien de préposition un domaine très large : il est indépendant de la nature juridique du contrat qui unit le commettant au préposé, il est même susceptible d'exister en l'absence de tout contrat. Aussi a-t-on pu constater combien fréquentes et variées sont les applications pratiques de la responsabilité du fait d'autrui.

Parmi elles, toutes, il faut l'avouer, ne sont pas équitables. En particulier, lorsqu'on qualifie commettant celui-là même qui, titulaire d'un droit de direction, est dans l'impossibilité matérielle de l'exercer, on lui fait supporter la réparation de dommages dont il n'était pas en son pouvoir d'empêcher la réalisation. Mais telle est, nous l'avons montré, la conséquence nécessaire de la règle qui n'admet pas le commettant à prouver son absence de faute. Il n'en pourrait être autrement que si la loi était modifiée sur ce point. Faire reposer l'article 1384 § 5 sur une présomption simple de *culpa in vigilando* que détruirait la preuve d'une surveillance attentive : telle serait, en effet, de *lege ferenda*, la solution désirable. Les caractères de la responsabilité devenant différents, le critère, à son tour, pourrait s'assouplir. L'élément de fait ne serait pas modifié ; au contraire, pour l'élément de droit, une condition supplémentaire serait exigée : le droit de direction ne serait consti-

tutif du lien de préposition que dans la mesure où rien ne s'opposerait à son exercice.

Mais, précisément parce qu'il n'est pas possible, en l'état actuel de notre droit positif, de restreindre ainsi le cercle d'application de la responsabilité du commettant, précisément parce qu'elle est, à la fois, très large et très lourde et qu'elle n'est pas toujours conforme à la justice, il est nécessaire d'en connaître exactement le domaine ; il faut qu'en toute circonstance concrète, on puisse savoir, sans hésitation, si les rapports de commettant à préposé existent ou non. Peut-être cette étude a-t-elle permis d'ajouter quelque précision au critère par lequel on définit habituellement ces rapports, d'en tracer avec plus de netteté les limites : c'est, en tout cas, le but qu'en l'entreprenant nous nous étions proposé.

Vu : le Président de la thèse,
B. PERREAU.

Vu : le Doyen,
H. NÉZARD.

Vu et permis d'imprimer :
Caen, le 22 décembre 1932,
Le Recteur :
L. MAIGRON.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Civ. cass.	Cour de cassation, Chambre civile, arrêt de cassation.
Civ. rej.	Cour de cassation, Chambre civile, arrêt de rejet.
Crim. cass.	Cour de cassation, Chambre criminelle, arrêt de cassation.
Crim. rej.	Cour de cassation, Chambre criminelle, arrêt de rejet.
D. H.	Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence.
D. P.	Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine.
Jur. gén.	Dalloz, Jurisprudence générale, Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence.
Jur. gén. supp.	Supplément au Répertoire méthodique et alphabétique
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
Gaz. Trib.	Gazette des Tribunaux.
Pand. fr.	Pandectes françaises.
Pasicr.	Pasicrisie belge.
Req.	Cour de cassation, Chambre des requêtes.
Rev. crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence.
Rev. Dor.	Revue de Droit maritime comparé.
Rev. gén. ass. terr.	Revue générale des assurances terrestres.
Rev. int.	Revue internationale du Droit maritime.
Rev. trim.	Revue trimestrielle de Droit civil.
S.	Sirey, Recueil général des lois et arrêts.
Sir. chr.	Sirey chronologique, 9 vol. 1791-1830.
Tr. civ.	Tribunal civil.
Tr. corr.	Tribunal correctionnel.
Tr. comm.	Tribunal de commerce.

Observations sur le mode de citation.

Pour les références de doctrine, les ouvrages les plus souvent cités le sont par le seul nom de l'auteur. Il en est ainsi pour les traités généraux de Droit civil, les études d'ensemble les plus importantes sur la responsabilité civile, les monographies relatives à la responsabilité du fait d'autrui. Ces ouvrages sont signalés dans la Bibliographie par un astérisque.

Pour les références de jurisprudence, les décisions, étant donné leur très grand nombre, sont citées dans l'ordre chronologique, qui permet seul d'apercevoir l'évolution ou, au contraire, la stabilité des solutions.



BIBLIOGRAPHIE (1)

I. — Traités généraux.

- * AUBRY et RAU. — *Cours de Droit civil français*, tome VI, 5^e édition, revue par M. E. Bartin, Paris, 1920.
- * BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — *Traité théorique et pratique de Droit civil, Obligations*, tome IV, 3^e édition, Paris, 1908.
- * BEUDANT. — *Cours de Droit civil français*, publié par son fils Robert Beudant, *Contrats et obligations*, 1 vol., Paris, 1906. (L'appendice, consacré à la responsabilité, p. 723 s., est dû à MM. R. Beudant et H. Capitant).
- * COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de Droit civil français*, tome II, 7^e édition, Paris, 1932.
- * COLMET de SANTERRE. — *Cours analytique de Code civil*, tome V, 2^e édition, Paris, 1883 (continuation du cours de A. M. Demante).
- DANJON. — *Traité de Droit maritime*, tome II, 2^e édition, avec le concours de M. J. Lepargneur, Paris 1926.
- * DELVINCOURT. — *Cours de Droit civil*, tome III, Paris et Dijon, 1824.
- * DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, tome XXXI, Paris, 1882.
- * DEMOGUE. — *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, tome V, Paris, 1925.
- * DURANTON. — *Cours de Droit français suivant le Code civil*, tome XIII, Paris, 1829.
- * HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome VIII, Paris, 1895.
- * JOSSERAND. — *Cours de Droit civil positif français*, tome II, 2^e édition, Paris, 1932.
- * LAROMBIÈRE. — *Théorie et Pratique des obligations*, tome VII, nouvelle édition, 1885.
- * LAURENT. — *Principes de Droit civil*, tome XX, 3^e édition, Bruxelles et Paris, 1878.

(1) Les ouvrages précédés d'un astérisque sont cités, au cours de notre étude, par le seul nom de l'auteur.

LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de Droit commercial*, tome V, 5^e édition, avec la collaboration de M. A. Amiaud, Paris, 1931.

* MALEVILLE. — *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, tome III, 2^e édition, Paris, 1807.

* MARCADÉ. — *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tome V, 3^e édition, 1849.

* PLANIOL. — *Traité élémentaire de Droit civil*, tome II, 11^e édition, avec la collaboration de M. Georges Ripert, Paris, 1931.

* PLANIOLE et RIPERT. — *Traité pratique de Droit civil français*, tome VI, *Obligations* (1), avec le concours de M. P. Esmein, Paris, 1930.

— *Traité pratique*, tome XI, *Contrats civils* (2), avec la collaboration de MM. A. Rouast, R. Savatier et J. Lepargneur.

RIPERT. — *Droit maritime*, tome I, 3^e édition, Paris, 1929.

THALLER et PIC. — *Des Sociétés commerciales*, tome I, 2^e édition, Paris, 1925.

* TOULLIER. — *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome XI, 5^e édition, Paris, 1830.

II. — Etudes d'ensemble sur la responsabilité civile.

BEUDANT (R.) et CAPITANT (H.). — *Esquisse d'une théorie générale de la responsabilité civile*, Annales de l'Université de Grenoble, tome XIII, 1906, p. 113-167 et 601-659, reproduit dans le Cours de Droit civil français de Ch. Beudant, Contrats et obligations, p. 723 s.

FROMAGEOT (H.). — *De la faute comme source de responsabilité en droit privé*, Paris, 1891.

GARDENAT (L.), et SALMON RICCI. — *De la responsabilité civile*, Paris, 1927 (Préface de M. Georges Ripert).

* LALOU (H.). — *La responsabilité civile*. Principes élémentaires et applications pratiques, 1^{re} édition, Paris, 1928.

* MAZEAUD (H. et L.). — *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, 2 vol., Paris, 1931.

MUGUET (G.). — *L'idée de responsabilité civile, son évolution*. Thèse Paris, 1922.

PIRMEZ (E.). — *De la responsabilité* Projet de révision des articles 1382 à 1386 C. civ., soumis à la Commission de révision du Code Civil, Bruxelles, 1888.

RUTSAERT (J[®]). — *Le fondement de la responsabilité civile extra-contractuelle*, étude de doctrine et de jurisprudence contemporaines, Bruxelles et Paris, 1930.

* SOURDAT (A.). — *Traité général de la responsabilité ou de l'action en*

dommages-intérêts en dehors des contrats, 2 vol , 5^e édition, avec la collaboration de M. L. Sourdat, Paris, 1902.

* TEISSEIRE (M.). — *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*. Thèse Aix, 1901.

TRIANDAFIL (E.). — *L'idée de faute et l'idée de risque comme fondement de la responsabilité*. Thèse Paris, 1914.

WILLEMS (J.). — *Essai sur la responsabilité édictée par les articles 1382-1386 du Code Civil*. *Revue générale du Droit*, 1895, p. 110-149, 210-233, 296-311, 401-424, 505-534; même revue, 1896, p. 18-31, 229-249, 385-397.

III. — Ouvrages consacrés à l'étude de la responsabilité du commettant ou, plus largement, à l'étude de la responsabilité du fait d'autrui.

A.-A. — (note signée A.-A.) S. 1931. 1.225, sous Req., 15 juillet 1930.

* BAHGAT (M.-H.). — *La responsabilité du commettant à raison des faits de ses préposés. étude de droit français comparé*. Thèse Paris, 1929.

BALLOT (Ch.). — *Revue de la jurisprudence*, in *Revue Pratique de droit français*, 1856, tome II, p. 313-320.

* BARRET LAGARENNE (G.). — *De la responsabilité civile du fait d'autrui*. Thèse Bordeaux, 1885.

* BASTIDE d'IZARD (L.-H.). — *Les applications actuelles de la responsabilité des maîtres et commettants*. Thèse Montpellier, 1925.

BESSON (A.). — Note D. P. 1928. 2. 13 sous Dijon, 20 juillet 1927.

— Note D. P. 1930. 2. 115 sous Paris, 14 mars 1930.

* CAPRONNIER (J.). — *De la responsabilité civile du fait d'autrui édictée par l'article 1384 du Code Civil*. Thèse Caen, 1903.

* CHEVALIER (P.). — *De la responsabilité civile à raison du fait d'autrui*. Thèse Paris, 1897.

* DALLANT (R.). — *La notion de préposé dans l'article 1384 du Code Civil*. Thèse Poitiers, 1927.

— Note D. P. 1931. 1. 171, sous Crim. cass., 9 janvier 1931.

* DEMARNE (A.). — *De la responsabilité des commettants*. Thèse Paris, 1911.

DEMOGUE (R.). — *Chroniques de Jurisprudence (Obligations)*. *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1902 à 1932.

* DEWISME (P.). — *La notion du préposé en droit civil*. Thèse Paris, 1908.

* DHORNE (H.). — *De la responsabilité civile qui incombe à une personne à raison du dommage causé par une autre*. Thèse Paris, 1898.

ESMEIN (P.). — *Examen doctrinal. Responsabilité civile (I. Responsabilité*

- du commettant). *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1924, p. 193-205.
- * GARNIER (R.). — *De la notion de préposé mettant en jeu la responsabilité des maîtres et commettants*. Thèse Rennes, 1927.
- M.-H. — (note signée M.-H.), S. 1893.3.113 sous *Conflits*, 8 août 1891.
- HUGUENY (L.). — Note S. 1922.1.33, sous *Req.*, 29 décembre 1919.
- * LABICHE (L.). — *De la responsabilité instituée par l'article 1384 du Code Civil et la loi du 10 Vendémiaire an IV*. Thèse Poitiers, 1881.
- * LOT (G.). — *De la responsabilité du fait d'autrui en droit français*. Thèse Paris, 1886.
- LOUP (J.). — Note D. P. 1930.2.97, sous *Toulouse*, 6 mars 1930.
- NAST (M.). — Note D. P. 1922.1.217, sous *Crim. cass.*, 9 juillet 1921.
- PERREAU (E.-H.). — Note S. 1906.2.17, sous *Dijon*, 18 mars 1903.
- PICARD (M.). — *Notes de jurisprudence (Assurances de responsabilité)*. *Revue générale des assurances terrestres*, 1930, 1931 et 1932.
- PLANIOL (M.). — Note D. P. 1892.2.465, sous *Angers*, 25 janvier 1892 et *Paris*, 27 février 1892.
- *Etudes sur la responsabilité civile*, troisième article : Responsabilité du fait d'autrui. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, p. 282-301.
- * RÉCAMIER (E.). — *De la responsabilité à raison du fait d'autrui et des choses qui sont en notre possession dans le Droit romain (droit pré-torien) et dans le Droit français*. Thèse Paris, 1859.
- RIPERT (G.). — *Examens doctrinaux. Questions de responsabilité civile*. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1907 à 1915.
- ROUX (J.-A.). — Note S. 1914.2.177 sous *Aix*, 13 mars 1914 ;
- Note S. 1922.1.137, sous *Crim. cass.*, 9 juillet 1921 ;
- Note S. 1923.1.385, sous *Crim. rej.*, 13 mars 1923.
- SAVATIER (R.). — Note D. P. 1923.1.5 sous *Crim. rej.*, 13 janvier 1922.
- Note D. P. 1928.1.17 sous *Civ. cass.*, 19 janvier 1927.
- Note D. P. 1930.1.137 (p. 139.2) sous *Req.*, 1^{er} mai 1930.
- * STOÏCESCU (C.). — *De la responsabilité du fait d'autrui (article 1384 C. Civ.)*. Thèse Paris, 1908.
- * THOYOT (G.). — *De la responsabilité du fait d'autrui*. Thèse Paris, 1910.
- * VAN DEN DRIESCHE (J.-E.). — *De la faute de fonction du préposé, génératrice de la responsabilité civile du commettant*. Thèse Lille, 1924.
- WALINE (M.). — Note D. P. 1929.1.153 sous *Req.*, 4 juin 1929.
- * ZINGHER (M.). — *De la responsabilité civile du commettant*. Thèse Paris, 1923.

IV. — **Ouvrages spéciaux contenant
quelques développements relatifs à la responsabilité
du commettant.**

- ABRAM (B.). — *L'affrètement qui a choisi le capitaine est-il responsable des engagements et des fautes de ce capitaine en vertu de l'article 1384 ?* Revue internationale du Droit maritime, tome XXII, 1906-1907, p. 559-576.
- AUBRUN (H.). — Note D. P. 1919.2.65, sur la responsabilité du propriétaire de navire.
- BARTIN (E.). — *Dispositions impératives et dispositions interprétatives de volonté en droit privé.* Cours de doctorat, 1925-1926.
- BESSON (A.). — *La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses.* Thèse Dijon, 1927.
- *Effets du contrat d'assurance vis-à-vis des personnes à qui le propriétaire confie son automobile*, D. H. 1930, Chronique p. 33-36.
- CAPITANT (H.). — *Les sources extra-contractuelles des obligations.* Cours de doctorat, 1926-1927.
- CHARMONT (J.). — *Les transformations du droit civil.* Paris, 1912.
- CHAUVEAU (P.). — *De l'armateur-affrètement (locataire du navire).* Thèse Rennes, 1923.
- CHIRONI (G.-P.). — *La colpa nel Diritto civile odierno. Colpa extra-contractuale*, 2 vol. Turin, 1886 et 1887.
- CORNU (M.). — *Des présomptions de faute en matière de responsabilité civile.* Thèse Montpellier, 1929.
- DALIBOT (L.). — *De la responsabilité civile délictuelle du fait des mineurs.* Thèse Rennes, 1929.
- DE SÈZE (R.). — *Etude sur la responsabilité des propriétaires de navires et sur le prêt fait au capitaine en cours de voyage.* Revue pratique de Droit français, 1880, tome 48, 1 s., 232 s., 523 s.; 1881, tome 50, p. 129 s., 220 s.; 1882, tome 51, p. 134 s., 249 s., 455 s.
- DEMOGUE (R.). — *De la réparation civile des délits*, étude de Droit et de législation. Paris, 1898.
- DURAND (P.-J.). — *Des conventions d'irresponsabilité.* Thèse Paris, 1931.
- HUGUENEY (L.). — Note S. 1915.1.113, sur les clauses d'exonération de responsabilité.
- JOSSERAND (L.). — *De la responsabilité du fait des choses inanimées.* Paris, 1897.
- LEVILLAIN (C.). — Notes D. P. 1878.1.193 et D. P. 1881.2.169 sur la responsabilité du propriétaire de navire.
- LÉVY (E.). — *Responsabilité et contrat.* Revue critique de législation et de jurisprudence, 1899, p. 361-398.

- LOUIS-LUCAS (P.). — *Un arrêt récent sur la responsabilité civile du fait d'autrui*. Semaine juridique, 1933, p. 105-109.
- LYON-CAEN (Ch.). — Note S. 1898.1.209 sur la responsabilité du propriétaire de navire.
- MONDET (L.). — *Le recours des personnes responsables du fait d'autrui*. Thèse Bordeaux, 1897.
- REGNAULT. — *De la responsabilité civile des propriétaires de navires*. Revue critique de législation et de jurisprudence, 1876, p. 538-560 et 605-652.
- RIPERT (G.). — *La règle morale dans les obligations civiles*, 2^e édition. Paris, 1927.
- ROLIN (H.). — *De la responsabilité sans faute, étude de droit comparé*. Revue de Droit international et de législation comparée, 1906, p. 64-91.
- SAINCTELETTE (Ch.). — *De la responsabilité et de la garantie*. Bruxelles et Paris, 1884.
- SAVATIER (R.). — Note D. P. 1931.1.49, sur la détermination du gardien dans la responsabilité du fait des choses inanimées.
- SALEILLES (R.). — *Les accidents du travail et la responsabilité civile*. Paris, 1897
- *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 3^e édition. Paris, 1914 (Préface de M. H. Capitant).
- SOENENS. — Conclusions sous Gand, 9 avril 1925. Belgique Judiciaire, 1925, 531.
- Conclusions sous Gand, 28 février 1929. Belgique Judiciaire, 1929, 547.
- TARBOURIECH (E.). — *La responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*. Paris, 1896.
- VERNEAUX (R.). — *L'Industrie des transports maritimes au XIX^e et au commencement du XX^e s.*, 2 vol. Paris, 1903.
- *La fortune de mer. Étude sur l'organisation de la responsabilité des propriétaires de navires*. Recueil de législation de Toulouse, 1906, p. 266-300.
- VITRY (M.). — *La détermination du fait de l'homme, du fait de l'animal et du fait de la chose*. Thèse Rennes, 1922.

V. — **Ouvrages relatifs à des questions particulières se rattachant indirectement au problème des rapports de commettant à préposé.**

- BALLEYDIER (L.). — Note S. 1898.2.25 (p. 28-2) sur les effets, à l'égard du mandant, des délits et quasi-délits, du dol et de la fraude du mandataire.

- BECQUÉ (E.). — *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*. Revue trimestrielle de Droit Civil, 1914, p. 251-320.
- BOUQUIER (P.). — *Etude générale de la représentation dans les actes juridiques*. Thèse Montpellier, 1899.
- BOYER (M.). — *Essai sur la représentation dans les actes juridiques*. Thèse Toulouse, 1898.
- BRUN (A.). — *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*. Thèse Lyon, 1930.
- COLIN (P.). — *De la détermination du mandat salarié*. Thèse Paris, 1931.
- CORBESCO (D.). — *De la représentation dans les actes juridiques et principalement dans les contrats*. Thèse Paris, 1912.
- COSTES (M.). — *Essai sur la nature juridique du contrat d'entreprise*. Thèse Toulouse, 1913.
- Note S. 1928.1.65 sur les caractères du contrat d'entreprise.
- CUCHE (P.). — *Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail*, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1913, p. 412-427.
- *La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique*, D. H. 1932, Chronique, p. 101-104.
- FALCIMAIGNE (Ch.). — Note D. P. 1927.1.141 sur la distinction du contrat de travail et du contrat d'entreprise.
- GUEX (R.). — *La relation de cause à effet dans les obligations extra contractuelles*. Thèse Lausanne, 1904.
- LEGROS (A.). — *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats*. Thèse Dijon, 1900.
- LESCUDIER (J.). — *Le salarié. Notion juridique*. Paris, 1931.
- LORNE (M.). — *De la responsabilité civile des personnes morales et de leurs représentants*. Thèse Paris, 1910.
- MADRAY (G.). — *Essai d'une théorie générale de la représentation en droit privé français*. Thèse Bordeaux, 1931.
- MARTEAU (P.). — *La notion de la causalité dans la responsabilité civile*. Thèse Aix, 1914.
- MARTINI (A.). — *La notion du contrat de travail, étude jurisprudentielle, doctrinale et législative*. Thèse Paris, 1912.
- MICHOUD (L.). — *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2 vol., 3^e édition, par L. Troabas, Paris, 1932.
- PERCEROU (J.). — *Des abus de la raison sociale*. Annales de Droit commercial, 1898, p. 118-146.
- PERREAU (C.) et FAGNOT (M.). — *Le contrat de travail*. Association nationale pour la protection légale des travailleurs, 1907.
- PERREAU (C.) et GROUSSIÉ (A.). — *Le contrat de travail et le Code civil*. Association nationale pour la protection légale des travailleurs, 1908.

- PERREAU (E.-H.). — Note S. 1924.2.57 sur la nature du contrat liant un médecin à l'un de ses confrères, directeur d'une clinique.
- PIAGET (R.). — *L'heure et le lieu du travail*. Thèse Grenoble, 1930.
- PIC (P.). — Notes D. P. 1931.1.121 ; D. P. 1931.2.40 ; D. P. 1931.2.113 sur l'affiliation obligatoire aux assurances sociales et la notion de salarié.
- PILON (E.). — *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*. Thèse Caen, 1897.
- PLANIOL (M.). — Note D. P. 1893.1.433 sur les effets, à l'égard du mineur, des délits et quasi-délits, du dol et de la fraude du tuteur.
- PLASSARD (J.). — *La notion de salarié au sens de la loi des assurances sociales*. Revue critique de législation et de jurisprudence, 1932, p. 346-363.
- POPESCO-RAMNICEANO (R.). — *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*. Thèse Paris, 1927.
- RIPERT (G.). — Note à la Revue de Droit maritime comparé, 15.397 (III, p. 422 s.) sur l'indépendance du capitaine de navire dans ses rapports avec l'armateur.
- ROUAST (A.). — *La notion de contrat de travail et la loi sur les assurances sociales* Recueil de droit commercial et de droit social, 1929, p. 102-105.
- Note D. P. 1930.1.6 (II) sur la distinction du contrat de travail et du contrat d'entreprise.
- *Examen doctrinal. Jurisprudence des accidents du travail* (I et II). Revue critique de législation et de jurisprudence, 1930, p. 129-134.
- *L'heure et le lieu du travail, et la notion du risque professionnel*. Revue générale des assurances terrestres, 1931, p. 512-524.
- ROUBIER (P.). — *Essai sur la responsabilité précontractuelle*. Thèse Lyon, 1911.
- SACHET (A.). — *Traité théorique et pratique de la législation sur les accidents du travail*, 3 vol., 7^e édition, Paris, 1926.
- SALEILLES (R.). — *De la personnalité juridique*, 2^e édition, Paris 1922 (Préface de M. H. Capitant).
- SAVATIER (R.). — Note D. P. 1924.2.73, sur la distinction du contrat de travail et du contrat d'entreprise.
- THALLER (E.). — Note D. P. 1902.1.5, sur les abus de la raison sociale.
- TISSIER (A.). — Note S. 1899.1.209 sur les effets, à l'égard du représenté, du dol du représentant.
- WAHL (A.). — Note S. 1895.1.241 sur les effets, à l'égard du représenté, des délits et quasi délits, du dol et de la fraude du représentant.
- WEIL (J.). — *L'exploitation d'un fonds de commerce par la femme mariée sous le régime de la communauté*. Thèse Strasbourg, 1931.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
Objet et intérêt de la question étudiée	1
Conception directrice de ce travail	7
Délimitation exacte du sujet	9
Plan	14

PARTIE PRÉLIMINAIRE

Caractères et fondement de la responsabilité du commettant.

CHAPITRE PREMIER. — <i>Les éléments connus de la question</i>	20
Section I. — Les caractères de la responsabilité du commettant....	21
La responsabilité du commettant, exception au principe de la personnalité de la faute ou de la personnalité du fait	21
La portée de cette exception : l'interdiction de la preuve libératoire.	22
Section II. — Le recours du commettant contre le préposé	25
CHAPITRE II. — <i>Le fondement de la responsabilité du commettant</i>	31
Section I. — La présomption de faute	32
La théorie de la présomption de faute et le refus de la faculté d'exonération	33
La théorie de la présomption de faute et le recours du commettant contre le préposé	37
Section II. — Le risque et le profit	39
La théorie du risque envisagée en elle-même	40
La théorie du risque et les règles du droit positif	46
Section III. — La représentation	49
La théorie de la représentation envisagée en elle-même	50
La théorie de la représentation et les règles du droit positif	51
Section IV. — La responsabilité-garantie	54
Valeur de la théorie de la responsabilité-garantie : le but de la règle ..	54
Limites de cette explication : impossibilité de déterminer les raisons justificatives de la règle	58
Enseignements à tirer de ces recherches préliminaires	62

PREMIÈRE PARTIE

Les conditions d'existence des rapports de commettant à préposé.

I

Détermination d'un critère des rapports de commettant à préposé.

CHAPITRE UNIQUE	67
Section I. — Les données du problème : le lien entre le fondement de l'article 1384 § 5 et le critère des rapports de commettant à préposé	69
Impossibilité de trouver un critère directement commandé par le fondement	69
Conditions auxquelles doit répondre le critère des rapports de commettant à préposé	74
Section II. — La dépendance économique et sociale	75
La dépendance économique : appréciation critique et rejet	77
La dépendance sociale : appréciation critique et rejet	80
Section III. — Le critère classique : le choix et l'autorité	90
§ 1. — Le choix	91
Le choix n'est pas suffisant	91
Le choix n'est pas nécessaire	97
§ 2. — L'autorité	108
Conclusion : adoption du critère fondé sur le seul rapport d'autorité et de subordination	113
Nécessité d'une analyse plus précise de ce critère	114

II

Analyse et contenu de l'idée d'autorité, critère des rapports de commettant à préposé.

CHAPITRE PREMIER. — Le droit de donner des ordres	116
Section I. — Le contenu du droit de direction qui doit appartenir au commettant	118
§ 1. — Droit du commettant de déterminer le but assigné à l'activité du préposé	118
Le droit de diriger le travail d'autrui ne suffit pas à donner la qualité de commettant	119
L'obligation d'obéir aux ordres d'autrui ne suffit pas à donner la qualité de préposé	122

§ 2. — Droit du commettant d'imposer au préposé les moyens à employer pour parvenir au but assigné à son activité...	127
Concordance, à cet égard, des critères du lien de préposition et du contrat de travail.....	127
Première précision : le droit de fixer les modes d'accomplissement du travail, opposé au droit de veiller à la bonne exécution des conventions et à l'observation des règlements.....	135
Deuxième précision : le droit de fixer les modes d'accomplissement du travail, opposé à leur détermination contractuelle.....	142
Troisième précision : le droit de direction, indépendant du mode de rémunération, du choix de la main-d'œuvre et de la fourniture de la matière première.....	145
Section II. — La possibilité, pour le commettant, d'exercer le droit de direction qui lui appartient.....	150
§ 1. — L'inutilité d'un pouvoir matériel de direction.....	151
L'état de grève.....	151
L'éloignement du préposé.....	154
L'incompétence technique du commettant.....	156
Jurisprudence considérant la compétence technique comme inutile en la personne du commettant.....	157
Justification de cette jurisprudence.....	162
§ 2. — Les professions incompatibles avec l'existence des rapports de commettant à préposé.....	167
Contradiction apparente entre cette solution et le principe selon lequel la compétence technique n'est pas nécessaire. Nécessité d'une conciliation.....	167
L'indépendance du médecin.....	167
L'indépendance dans d'autres professions et fonctions.....	179
Officiers ministériels.....	179
Experts.....	181
Agents assermentés de la police judiciaire.....	181
La situation du capitaine de navire.....	182
CHAPITRE II. — Le fait de donner des ordres.....	190
Section I. — Domaine de la question.....	191
Les différentes situations dans lesquelles elle se pose.....	191
Tentative de réduction de ces situations à des situations déjà connues.....	193
Section II. — Solution proposée : équivalence du fait et du droit..	197
Principe.....	197
Conséquences.....	202
Contrat ne prévoyant pas le droit de direction.....	203
Contrat nul.....	203
Absence de contrat.....	204
Autorité illicite.....	205
Conclusion de l'analyse de la notion d'autorité.....	209

III

**Les rapports de commettant à préposé,
situation juridique autonome.**

Double aspect de cette question.....	211
CHAPITRE PREMIER. — <i>Les rapports de commettant à préposé et la représentation</i>	214
Section I. — La représentation des personnes physiques.....	214
La notion de représentation ; ses rapports avec le mandat.....	214
Réfutation de deux objections qui s'opposeraient à l'application de l'article 1384 § 5.....	219
L'article 1998 C. Civ. n'empêche pas d'admettre la responsabilité du représenté.....	219
La responsabilité du représenté, si elle existe, présente un caractère délictuel.....	220
Rejet de deux autres théories proposées comme fondement de la responsabilité du représenté.....	223
La représentation.....	224
Le risque.....	226
Démonstration de l'existence possible des rapports de commettant à préposé entre représenté et représentant.....	228
Portée de cette solution : elle n'est jamais applicable à la représentation légale.....	230
Section II. — La représentation des personnes morales.....	236
Absence des rapports de commettant à préposé entre la personne morale et ses représentants.....	238
CHAPITRE II. — <i>Les rapports de commettant à préposé et les actes de complaisance</i>	242
Naissance d'une jurisprudence nouvelle en matière d'accidents d'automobiles.....	242
Appréciation et justification de cette jurisprudence.....	244

IV

**La preuve des rapports de commettant à préposé
et le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur la réunion
de leurs éléments constitutifs.**

CHAPITRE PREMIER — <i>La preuve des rapports de commettant à préposé</i>	255
Le déplacement possible de la preuve.....	256
La preuve directe des rapports de commettant à préposé.....	259
La preuve, par déplacement, des rapports de commettant à préposé.....	263

CHAPITRE II. — <i>Les rapports apparents de commettant à préposé</i>	272
Conditions auxquelles la qualité apparente de commettant est une source de responsabilité.....	272
Faute du commettant apparent.....	273
Lien de causalité entre cette faute et le préjudice.....	275
Jurisprudence.....	278
CHAPITRE III. — <i>Le Pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur la réunion des éléments constitutifs des rapports de commettant à préposé</i>	281
Etude doctrinale de la question.....	281
Jurisprudence.....	284

DEUXIEME PARTIE

La cessation des rapports de commettant à préposé.

CHAPITRE PREMIER. — <i>Le transfert de la qualité de commettant à un tiers pour le compte de qui le préposé agit temporairement</i>	291
Section I. — Le transfert de la qualité de commettant par le transfert de l'autorité.....	294
Le transfert du droit de direction.....	295
Dualité des situations pratiques : transfert intégral ou transfert partiel de ce droit.....	297
La contradiction possible entre l'autorité de droit et l'autorité de fait.....	306
Examen des principales situations où se produit le transfert de la qualité de commettant.....	310
Section II. — Le rôle de la volonté des parties dans le transfert de la qualité de commettant.....	316
CHAPITRE II. — <i>La perte de la qualité de préposé par celui qui agit en dehors de ses fonctions</i>	321
Section I. — Détermination du lien devant unir l'acte du préposé à ses fonctions.....	322
Observation préliminaire : nécessité de déterminer, dans chaque espèce, l'étendue des fonctions du préposé.....	322
Etude descriptive de la jurisprudence.....	323
Les solutions : leur caractère très large.....	323
La systématisation de ces solutions : le lien de causalité entre les fonctions et la faute.....	330
Critique de la jurisprudence et solution proposée.....	337
Application de l'article 1384 § 5 dans le seul cas où le préposé a agi en vue de remplir sa mission.....	341

<i>Section II. — Extension ou restriction de la responsabilité du commettant dans certaines situations particulières.....</i>	345
La responsabilité du commettant ne peut être modifiée en considération de la personne du préposé ou de la nature de ses fonctions....	346
La responsabilité du commettant peut être modifiée en considération de la situation de la victime.....	348
L'erreur de la victime sur l'étendue des fonctions du préposé..	348
La connaissance, par la victime, de l'abus de fonctions du préposé.	351
CONCLUSION.....	357

145. -- Imprimerie Jouve et Cie, 15, rue Racine, Paris. -- 3-1933.
